Der Satz
„Kauf bricht Miethe“
im römischen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

an der

Grossh. Landes-Universität Rostock

von

F. Hintze,
Referendar.

Rostock.
Universitäts-Buchdruckerei von Adler's Erben.
1888.

Verzeichnis

der

abgekürzten Litteratur-Citate.

Accurius, ad Cod. tit. loc. verb. emptorem.
Bartolus, ad Cod. tit. loc. verb. emptorem.
Salicetus, ad Cod. tit. loc. verb. emptorem.
Baro, Comm. ad Inst. lib. 3. tit. 25.
Socinus, Comm. in quattuor lect. vespert. rubr. de leg. I. n. 13 squ.
Meynus, Comm. ad Cod. Aug. p. 1. pag. 153. n. 29.
Azo, ad sing. leg. duod. libr. Cod. pag. 362. Par. 1577.
Summa Azonis, i. e. Compl. jur. civ. thes. lib. 4. tit. 65. n. 29.
Faber, de error. pragm. dec. 24. err. 7. dec. 87. err. 2.
Sichardus, Comm. in Cod. lib. 4. tit. 65.
Donellus, Comm. de jur. civ. tom. 3. pag. 833.
Cujacius, ad div. tit. Pand. rec. oper. tom. 3. p. 377.
Frantzkius, Comm. ad Pand. lib. 19. tit. 2.
Berlich, Conclus. practic. tom. 2. concl. 45. n. 13.
Perezius, Praelect. in XII libr. Cod. lib. 4. tit. 65. n. 16.
Zoesius, Comm. ad Dig. libr. 50. lib. 19. tit. 2. n. 40.
Carpzovius, jurisprudentia forensis Rom. Saxonica.
Hertius, de paroem. lib. 1. paroem. 46. In opusc. tom. 3. p. 481. 86. n. 6.
Ludovici, doctr. pand. lib. 19. tit. 2. § 24 sequ.
Beyer, delineat. jur. civ. sec. Inst. et pand. lib. 19. tit. 2.
Brunnemann, Comm. in Pand. lib. 7. t. lib. 19. tit. 2.
Comm. in Cod. lib. 4. tit. 65.
Müllerus, ad Struvii synt. jur. civ. p. 3. exc. 24. th. 27.
Hoppius, Comm. ad Inst. lib. 3. tit. 25. § 6. in not.
Heineccius, Elem. jur. sec. ord. Pand. p. 3. § 324.
Voet, Comm. ad pand. tom. 1. lib. 19. tit. 2. § 17.
Wernherr, Observ. jur. tom. 2. p. 7. obs. 3. 227.
Mevius, Decision. p. 5. dic. 33. 339 p. 6. dic. 144.
Lauterbach, Coll. theor. pract. lib. 19. tit. 2. §§ 62. 63. 93.
Strykius, Us. mod. pand. lib. 19. tit. 2. § 81.

Boehmer, Introd. in jus. dig. lib. 19 tit. 2. § 34.
Cocceji, Jus civ. controv. p. 1. lib. 19. tit. 2. qu. 22.
Walch, Introd. in controv. jus civ. sect. 3. c. 4. membr. 4. subs. 2. § 12.
Berger, Oecon. jur. lib. 3. tit. 5. § 26.
Bodinus, Diss. de expell. cond. th. 13 squ. Hall. 1703.
Maulius, Diss. de loc. cond. tit. 8. Franc. 1633.
Friese, Diss. de loc. succ. thes. 8 squ. Jena 1717.
*Zoll, Diss. ad l. emptorem. 9 Cod. de loc. cond. communem ejusdem legis interpretationem et hinc enatum illud vulgare: Kauf geht vor Miethe: refellens. Rinth. 1687. (I)
Zoll, Defensio novae sententiae: Kauf hebt Miethe nicht auf. Rinth. 1690. (II)
Zoll, Kauf hebt Miethe nicht auf, sive commentatio ad l. emptorem 9 Cod. loc. et cond., qua communis sententia et hinc enata vulgaris paeroemia: „Kauf geht vor Miethe" denuo et fusius refellitur. Rinth. 1705. 1712. 21. 35. (49.) (III)
*Zaunschliffer, Vindiciae secundum communis opinionis veritatem seu.
Diss. jur. ad l. Emptorem 9 Cod. loc. cond. in Op. jurid. Marb. 1688. (I)
Zaunschliffer, Vindiciae vindiciarum triti illius. Kauf geht vor Miethe. ad l. 9 Cod. loc. Rint. 1691. (II)
Gerhard, Diss. de regula juris Germanici, Kauf geht vor Miethe. Altorf 1718.
Duillius, Diss. de jure emptoris praedii expellendi ejus conductorem. Marb. 1730.
Otto, Diss. de jure emptoris expellendi conductorem ad l. 9 Cod. loc. et Cond. Traj. ad Rhen. 1736.
Ayrer, Programma de genere actionis adversus conductorem emptori cedere nolentem Gött. 1747. in opusc. tom 1 p. 217 squ.
Storm, Diss. de jure emptoris expellendi conductorem ad l. 9 Cod. de loc. cond. Fran. 1755.
Hoheisel, Decisio quaestionis inter. DD. agitatissimae utrum successor singularis expellere queat conductorem vulgo ob Kauf Miethe breche qua evitandarum omnium litium ergo novus aliquis contractus locatores inter et conductores celebrandus commentatur. Hall. 1727.
Seyferheld, (praes. Schirschmidt) Diss. epistolica de servitute rerum temporaria locatione conductione constituta. Jen. 1738.

Ludewig, Diss. de emptore non stante locationi antecessoris. Gött. 1762.

Fries, Med. jur. de iniquitate et instabilitate vulgati „Kauf geht vor Miethe". Franc. 1762.

Quistorp, Diss. an et quatenus successores locatores tam universales quam singulares ex locatione ab ipso celebratae teneantur. Rostock. 1766.

Lampe, Diss. de vi et efficacia cautelarum pro tuendo jure conductoris adversus emptorem rei locatae expellentem. Goett. 1795.

Bünemann, Diss. de emptore conductorem secundum jus civile non expellente. Gött. 1761.

Beck, Diss. de conductore in locatorem juste retorquente paroemiam, Kauf bricht Miethe, ad illustrandas textus l. 25. § 1. l. 32 squ. Dig. l. 9 Cod. loc. Altorf. 1745.

Schaumburg, Annot ad Struvium lib. 3 tit. 12. aphor. 15.

Schaumburg, Comp. jur. Dig. lib. 19. tit. 2. § 23 i. f.

Nettelblatt, Beiträge zur gelehrten jur. Historie. St. 7. nr. 4.

Wolff, Jus naturae, tom. 3. p. 363.

Hufeland, Lehrsätze des Naturrechts. § 631.

Thomas, Lehrbuch der natürlichen Rechtswissenschaft. § 157.

Gros, Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft. § 251. n. 1.

Claproth, Grundriss des Rechts der Natur. § 260.

Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

Höpfner, Commentar zu den Heineccischen Institutionen. § 890.

Pufendorf, de officio hominis et civis lib. 1. c. 15. § 10.

Colberg, Paroemia; Kauf bricht Miethe. Halle 1858.

Glück, Pand. Bd. 17. 18. pass.

Holzschuher, Theorie u. Casuistik d. gem. Civilr. Bd. III. § 299.

Sintenis, Civilrecht, Bd. II. S. 664–67.

Weiske, Rechtslexicon. Bd. VII. u. IX.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen. Bd. III. S. 217 ff.

Dernburg d. Ae., Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht u. Process. Nr. 1.

Träger, in der Zeitschrift für Civilrecht und Process. N. F. Bd. XVIII. S. 53 ff.

Friedlieb, in der Zeitschrift für Civilrecht und Process. N. F. Bd. XIX. S. 434 ff.

Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe. 1866.

Degenkolb, in d. Krit. V. J. Schrift. Bd. IX. S. 191 ff.

Geller, in Grünhut's Ztschr. Bd. V. S. 313 ff.

Krüll, Prüfung einzelner Teile des bürgerlichen Rechts. Bd. IV. nr. 1.
Westphal, Lehre des gemeinen Rechts von Kauf-, Pacht-, Mieth- und Erbzinscontract. § 1027 ff.
Savigny, Recht des Besitzes. 6. Aufl. 1837.
Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. 1836.
Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen. Bd. II. S. 294 ff.
Degenkolb, Platzrecht und Miethe. 1867.
Bruns, Recht des Besitzes. 1848.
Bruns, Die Besitzklagen. 1874.
Hauser, Stellvertretung im Besitz.
Ruhstrat, Jahrb. für Dogm. Bd. XIV. S. 342 ff.
Dernburg, Pfandrecht I u. II.
Albrecht, Entscheidung. merkwürdig. Rechtsfälle. Bd. III. S. 30.
Buchka u. Budde, Entscheidungen des OAG. zu Rostock. Bd. I, V, VI.
Mackeldey, Lehrbuch des gem. Rechts. Bd. 2. § 379.
Goeschen, Vorlesungen. Bd. 2. § 511.
Brünneck, in d. Zeitschr. für Rechtsgeschichte. Germ. Abth. Bd. XIV. S. 138 ff.
Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter. 1864.
Kraut, Grundriss des deutschen Privatrechts. 6. Aufl. 1886.
Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages. Bd. 2. (Gutachten von v. Meibom S. 3 ff. Eck S. 229 ff. Fischer S. 312 ff.
Wendt, im Jahrb. für Dogmatik. Bd. 21. S. 56 ff.
Exner, in den Verhandlungen des 15. deutsch. Juristentages. Bd. 1. S. 1 ff.
Mommsen, in d. Zeitschr. d. Sav. Stift. für Rechtsgeschichte. Rom. Abt. Bd. 6. S. 260 ff.

---

* Die Dissertationen von Zoll und Zaunschliffer sind in der Arbeit der Einfachheit halber mit römischen Ziffern (Diss. I, II, III) citirt.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Einleitung.

Der Begriff des Eigentums als die principiell ausschliessliche rechtliche Herrschaft über einen Gegenstand ist im römischen Recht mit aller Schärfe entwickelt und mit allen Consequenzen durchgeführt. Der Wille des Eigentümers soll massgebend sein für den Umfang und Inhalt der Herrschaft über die Sache, und das Bestreben, das Eigentum frei und unabhängig von jeder Einwirkung Dritter zu erhalten, hat bewirkt, das Einschränkungen des Eigentums, dingliche Rechte an fremder Sache sich nur schwer und langsam entwickelten. Die Servituten, hervorgerufen durch die infolge des nahen Zusammenlebens der Menschen sich notwendig machende Beschränkung des einzelnen in der vollen Ausübung seiner Rechte, waren die ältesten und einzigen Rechte an fremder Sache im Civilrecht des alten Rom.[1]) Sie sowohl wie die sich später entwickelnden dinglichen Rechte sind immer nur in ganz bestimmten Formen und mit scharfer Abgrenzung gegen das Eigentum anerkannt.

[1]) vgl. Windscheid P. I. § 200 N. 1.

Ähnlich verhält es sich mit dem Besitz. Der Besitz in seiner äusseren Erscheinung vom Eigentum fast ununterscheidbar, das „tatsächliche Abbild des Eigentums“ wird aus einem blossen Factum zu rechtlicher Wirkung emporgehoben durch den Willen des Besitzers, den animus domini. Die Römer haben den Schwerpunkt des Besitzes in das abstracte Element des animus verlegt, und als solchen erkannten sie nur den animus domini an, also denjenigen, der auf Herrschaft der Sache in ihrer Totalität gerichtet war. Der Besitz fiel sonach zusammen mit dem Eigentumsbesitz und erst allmählich ist daneben der Begriff des Rechtsbesitzes herausgebildet. Nur demjenigen, der die Sache mit dem animus domini inne hatte, wurde der Besitzschutz zu teil. Noch soweit gehende Herrschaftsrechte über die Sache, ohne den zum Besitz erforderlichen Willen, sind ausser den Fällen, wo ein durchaus dringendes Bedürfnis vorlag, dem sog. abgeleiteten Besitz, nicht anerkannt. Aber auch die Fälle des abgeleiteten Besitzes sind ganz genau abgeschlossen.

Diese römisch-rechtliche Eigentums- und Besitztheorie ist naturgemäss auf den Begriff der Obligation von grösstem Einfluss gewesen, und die scharfe Trennung, welche das römische Recht zwischen Eigentum, Besitz und Obligation macht, hat bewirkt, dass der Begriff der Obligation sich in grösserer Reinheit erhalten hat, als es bei weniger scharfer Abgrenzung von Eigentum und Besitz möglich gewesen wäre. Es ist nicht zu verkennen, dass hierbei häufig die tatsächlichen Verhältnisse mit dem Princip in Widerspruch zu stehen scheinen. Dem Miether und Pächter ist, obwohl ihre Herrschaftsrechte über die Sache ebensoweit oder noch weiter

gehen, wie etwa die des Faustpfandgläubigers oder Precaristen, Besitz nicht eingeräumt. Der Besitz bleibt beim Vermiether. Der Miether ist nur Detentor. Der entscheidende Punkt ist der Besitzwille. Es wurde jedem, der die Sache zwar hatte, aber nicht für sich, gleichsam als eigene haben wollte, sondern einen andern als berechtigten Besitzer anerkannte, der Besitz abgesprochen. Der Besitz bleibt dem zur Verfügung über die Sache Berechtigten. Daher macht es nach der Meinung der römischen Juristen auch keinen Unterschied, ob Jemand durch seinen Sclaven oder durch einen Miether den Besitz an einer Sache hat.[1]) Die kürzere Dauer der Mieth- und Pachtverhältnisse, der häufige Wechsel der Personen, die Unmöglichkeit, bei der verschiedenen Gestaltung der Verhältnisse, den Inhalt dieser Rechte so scharf zu fixiren, wie es bei dinglichen Rechten möglich war, liessen es notwendig erscheinen, hier keinen Besitz und dingliches Recht anzuerkennen.[2]) Wenn dem

---

[1]) l. 25 § 1 Dig. de a. v. a. p. 41. 2. Et per colonos et inquilinos aut servos nostros possidemus, et si moriantur aut furere incipiant aut alii locent intelligimur nos retinere possessionem. Nec inter colonum et servum nostrum per quem possessionem retinemus quicquam interest.

Die Gleichstellung des Sclaven und des Miethers in dieser Beziehung dürfte indessen nicht gerechtfertigt sein. Der Sclave will die Sache nur für den Herrn haben; er ist gewissermassen nur das Werkzeug, durch welches der Herr besitzt. Der Miether dagegen will die Sache während der Miethzeit insoweit für sich haben, als es der ihm eingeräumte Gebrauch der Sache fordert. Nur darin stimmen beide überein, dass bei ihnen kein animus domini vorliegt, und für die römischen Juristen, welche alles Gewicht hierauf legten, war das Fehlen dieses Moments schon genügend, um die Gleichstellung des Sclaven mit dem Miether in dieser Beziehung zu betonen. vgl. auch Wendt in Jahrb. f. Dogm. Bd. 21. S. 238 ff. Geller a. a. O. S. 359.

[2]) vgl. Ziebarth a. a. O. S. 157.

Miether ein Recht an der Sache eingeräumt wäre, so würde das nur dazu gedient haben, das klare obligatorische Verhältnis zu verdunkeln, und Streitigkeiten aus Miethverhältnissen zu sehr langwierigen und schwierigen zu machen.

Dass die dingliche Wirkung des Superficies und Emphyteusis mit den erwähnten Principien des römischen Rechts nicht in Widerspruch steht, dürfte nicht zweifelhaft sein. Die Emphyteuse ist, wie schon ihr Name sagt, überall nicht römischen Ursprungs, und wie eigentümlich und wie wenig unter die anerkannten Rechtsprincipien passend den römischen Juristen dies Institut erschien, geht schon daraus hervor, dass grösser Zweifel unter ihnen herrschte, ob der emphyteutische Contract Kauf oder Miethe sei, und dass es erst einer kaiserlichen Entscheidung des Streits bedurfte. (l. 1 Cod. de jur. emph. 4. 66.) Auch waren die Emphyteuse wie die Superficies ursprünglich obligatorische, keine dinglichen Rechte, und erst mit Rücksicht auf die Länge der Zeit gewährte der Prätor eine actio in rem.[1]) Gerade die lange Dauer des Verhältnisses, die einen Wechsel in den Personen seltener machte, und es ermöglichte, fest formulirte Regeln wie bei dinglichen Rechten aufzustellen, hat dann allmählich dazu geführt, diese Pacht- und Miethverhältnisse als dingliche Rechte anzuerkennen.

Der Miethvertrag giebt sonach nach römisch-rechtlicher Anschauung nur eine obligatorisch gewährte, keine temporär dingliche Innehabung. Die Consequenz aus dieser juristischen Natur des Contracts ist, dass der Miether nach römischem Recht

[1]) vgl. l. 1. 2. 3. Dig. si ag. vect. 6. 3.
Windscheid, a. a. O. I. § 218. N. 5.

sich gegenüber dem Singularsuccessor des Vermiethers in das Eigentumsrecht über das Miethobject, nicht in der Innehabung desselben behaupten kann. Dieser Grundsatz findet sich für den Fall, dass zufolge Kaufes ein Singularsuccessor eintritt, im römischen Rechte ausgesprochen in der l. 9 Cod. loc. 4. 65, deren Inhalt man in die im täglichen Leben vielfach gebrauchten, aus dem deutschen Recht stammenden Rechtsparömien: „Kauf bricht Miethe", „der Käufer jagt den Pächter", u. dergl.[1]) zusammengefasst hat.

Die Auslegung dieser und ähnlicher Quellenstellen[2]) hat zufolge des Verkennens der oben angeführten Principien des römischen Rechts über das Verhältnis des Eigentums und Besitzes zur Obligation zu vielen Irrtümern Veranlassung gegeben und ist die Grundlage vieler Controversen geworden.

Die Aufgabe der nachstehenden Arbeit wird es sein, zunächst einen Überblick über die in der Litteratur über diese Frage aufgestellten Meinungen seit der Glossatorenzeit zu geben, und sodann die Lösung der bei Anwendung des Satzes „Kauf bricht Miethe" im römischen Sinne sich ergebenden theoretischen und praktischen Schwierigkeiten zu versuchen.

---

[1]) Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter. S. 280.

[2]) vgl. l. 32. Dig. loc. cond. 19. 2. l. 25. § 1. eod. l. 12. l. 18 Dig. de vi 43. 16.

§ 2.

Die Litteratur von der Glossatorenzeit bis zu den Naturrechtslehrern.

So reichhaltig die Litteratur über die Frage nach dem Verhältnis von Miethe zum Kauf auch schon in älterer Zeit ist, so wenig Ausbeute gewährt sie in dogmatischer Beziehung, da die älteren Commentatoren zwar fast sämmtlich die Frage bei Besprechung der Fälle, in denen der Miethscontract während der Miethzeit aufgehoben wird, erwähnen, ohne sich jedoch des weiteren auf eine juristische Begründung und den Nachweis der Übereinstimmung des Grundsatzes mit den allgemeinen Rechtsprincipien einzulassen, da man sich dieser Mühe durch die positive Bestimmung Kaiser Alexanders überhoben glaubte.

Das Fundament des Grundsatzes ist die l. 9 Cod. loc. 4. 65, ein Rescript Alexanders. Es heisst hier: Emptorem (emptori) quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. verum si probetur, aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei judicio ei quod placuit parere cogitur. Die Glosse bemerkt über die Lesart: quidam habent emptorem et bene alii emptori et tunc habeat duos sensus, ut scilicet emptor non stet colono et contra emptori colonus non stet. sed primus intellectus est verus licet non per legem istam sed per aliam, ut l. qui fundum (32) locati conducti (19. 2).

Accursius führt für diese Lesart noch besonders die Worte „nisi ea lege emit" an, welche sich nur auf den Käufer beziehen könnten, woraus folge,

dass es im Anfang der Stelle „emptorem" heissen müsse. Der Autorität der Glosse folgend, ziehen die meisten Schriftsteller die Lesart „emptorem" vor, und nur vereinzelt wird die Lesart „emptori" gewählt.[1]) Auch scheint, da die Glossatoren sich wesentlich nur mit dem Inhalt und nicht mit der Textkritik beschäftigen, die abweichende Lesart eine Meinungsverschiedenheit über den Inhalt der Stelle nicht bewirkt zu haben, da sie einhellig die l. 9 Cod. cit. als Grund des Satzes „Kauf bricht Miethe" anführen.[2])

Über den Inhalt der l. 9 Cod. cit. bemerkt Accursius nur, dass sie den Käufer berechtige, den Pächter auszutreiben, welcher sich nicht mit einem Interdict verteidigen könne, sondern auf den Entschädigungsanspruch an den Verpächter angewiesen sei: non potest colonus resistere quominus expellatur, vel potest dici colonum habere exceptionem licet non habeat actionem.

Ähnlich Azo[3]): Item locator, vel singularis successor, ut emptor, cui vendidit auctoritate sua potest

[1]) vgl. Bünemann, Diss. cit. § 19—27.

[2]) Auch die Basiliken in lateinischer Übersetzung haben die Lesart „emptorem": si quis fundum vendiderit cum in eo colonum haberet, non cogitur emptor colono potestatem ejus fruendi et colendi facere nisi forte fundum ea lege emit., und dieser Ansicht schliessen sich auch die Interpreten an. So sagt Fabrottus (lib. 20. tit. 2): si quis agrum vendiderit, in quo colonum habeat, emptor pati non cogitur, ut colonus in fundo maneat, nisi ea lege emit. verum licet nominatim ea lege non emerit, sed aliter probetur consensisse ut colonus in eodem conductione maneat, tunc quoque cogitur in agro habere, und ähnlich Theodorus: si rem alii locatam emerit conductorem expellere potest, nisi cum domino convenerit, ne eum expelleret. Dagegen liest Krüger in seiner Codexausgabe „emptori". Mommsen will in diesem Fall, den Scholien zu den Basiliken folgend, hinter stare ein „sinere" einschieben.

[3]) l. c. p. 362 u. Summa p. 100.

expellere conductorem. Nec enim possidet conductor temporalis, imo dominus videtur possidere.

Wenn aus den Ausführungen dieser Schriftsteller auch nicht unbedingt zu schliessen ist, dass sie eine Aufhebung des Miethvertrags ipso jure durch den Abschluss des Kaufes annehmen, da sie namentlich darauf Gewicht legen, dass der Miether keinen Besitz hat, so liegt doch die Annahme nahe, dass sie der Ansicht gewesen sind, der Kaufvertrag breche als solcher den Miethvertrag, wie sich denn diese Ansicht auch bei späteren Schriftstellern noch findet.[1])

Auf der andern Seite findet sich auch früh die Bemerkung, dass die l. 9 Cod. cit. ihre Begründung in dem Verhältnis des dinglichen Rechts des Käufers zu dem persönlichen des Miethers finde. Aber wie bereits oben bemerkt, hat es den Anschein, als ob es sich hierbei mehr um die rechtliche Begründung einer positiven Bestimmung handelt, deren Härte man nicht verkennen konnte, als um den Nachweis, dass man hier nur eine Consequenz des vom römischen Recht so scharf ausgeprägten Unterschiedes zwischen dinglichen und persönlichen Rechten vor sich habe. Gleichzeitig suchte man den Miether tunlichst in seinem Rechte zu schützen, und da man annahm, dass ein dingliches Recht an der Sache ihm unter allen Umständen, wenn nicht eine Klage, so doch wenigstens eine Einrede gegen den von seinem jus expellendi, wie man es bezeichnete, Gebrauch machenden Käufer gewähren müsse, so empfahl man ihm, sich ein Pfandrecht entweder an der Miethsache speciell oder an dem ganzen Vermögen des Vermiethers, in dem die Miethsache meistens inbegriffen

[1]) vgl. unt. S. 11.

war, bestellen zu lassen, und dies Mittel hat lange Zeit in der Theorie unangefochten und jedenfalls auch in der Praxis vielfach angewandt, als Sicherungsmittel des Miethers gegolten, um die Härten des römischen Rechts, welches in diesem Punkte zudem vielfach mit dem germanischen collidirte, zu mildern.

Der erste, der bei Besprechung der l. 9 Cod. cit. das dingliche Recht des Käufers im Gegensatz zu dem persönlichen des Miethers scharf betont, ist Bartolus[1]). Ratio hujus legis (sc. 9 Cod. loc.), sagt er, est haec, quia colonus nullum jus habet in re, sed habet obligatam personam domini locantis, sed illa obligatio personalis non tenet emtorem, merito emptor non cogitur stare, sed si poneretur, colonum habere jus in re, ut quia conduxit non ad modicum tempus, tum ei emptor tenetur stare cum enim habeat utilem et sic actionem multo fortius exceptionem.

Bartolus ist auch der erste, der für den Miether ein Pfandrecht an dem Miethobject als Sicherungsmittel empfiehlt.

In ähnlicher Weise sprechen sich auch die späteren Schriftsteller, welche sich überall auf eine nähere Ausführung d. l. 9 Cod. cit. einlassen, aus.[2]) Ausführlich handeln über diese Frage Cujacius und Donellus, wobei beide namentlich auch darauf Gewicht legen, dass der Singularsuccessor ganz ausserhalb des zwischen dem Vermiether und Miether

---

[1]) l. c. verb. emptorem.

[2]) vgl. Salicetus l. c. verb. emptorem.
Baro l. c.
Meynus l. c. p. 1. pag. 153 n. 23.
Perezius l. c. n. 16.

vorhandenen Obligationsnexus steht. Cujacius[1]) sagt: Proxima quaestio est, an emptor ejicere conductorem possit, et constat posse. Nec enim cogitur stare locationi ab alio factae. Verum conductori tenetur venditor in id quod interest, sicut si locator conductorem ejiceret sine causa, esset actio ex conducto, vel ex stipulatu poenae nomine. Hoc ita nisi venditor idemque locator habitationem excepit. Quo casu est actio ex vendito secundum legem pacti ut emptor sinat inquilinum habitare et non repellat. . . . . Quod dicitur de emptore locum etiam habet in legatario. Nam hic potest expellere conductorem, conductor vero habet regressum adversus heredem. Idem servatur in fructuario cui cessus est usus-fructus fundi. Hi possunt expellere conductorem jure dominii, quia ipsi non locaverunt, nec auctoribus locationis stare coguntur. At emphyteuticarium expellere non possunt, quia quasi dominus est, et rei vindicationem habet.

Ähnlich sagt Donellus[2]): Sed haec omnis actio ex conducto, quam conductori damus, aut ad remissionem mercedis aut in id quod ejus interest, re conducta frui licere, actio in personam est, quae adversus locatorem solum datur . . . . non autem de re locata retinenda aut persequenda. . . . Ex pulsus inquilinus aut colonus ab extero, rem ei aufferre nulla actione potest. Non enim potest rem vindicare, quia non est dominus, locatio autem dominium non mutat, quod traditione dominus effectus est. Hoc habet etiam amplius, quod cum conductore nihil contraxit. Recte igitur dictum est in l. emptorem Cod.

---

[1]) oper. tom. 9. p. 377.

[2]) l. c. tom. 3. p. 833.

loc. emptorem fundi non esse necesse stare colono cui prius locavit. Dagegen kehrt die schon bei den Glossatoren (vgl. ob. S. 8) sich findende Ansicht, dass durch den Abschluss des Kaufes der Miethvertrag ipso jure gebrochen werde, bei einigen späteren Schriftstellern wieder. So sagt Berlich[1]): Emptor locationi a venditore factae stare etiam non tenetur sed emptio praefertur locationi secundum tritum proverbium „Kauf geht vor Miethe", und Hoppius[2]), nachdem er im Anschluss an l. 9 Cod. cit. bemerkt, dass der Singularsuccessor den Miether austreiben kann: ratio quia hi (die Käufer) nullam dependentiam habent ab antecessore nec sunt juris successores. Non itaque hi ipsi locationi stare tenentur, sed conductorem expellere possunt, cum resoluto jure locatoris resolvitur etiam jus conductoris. . . . . Cum (conductor) tantum personam locatoris sibi habeat obligatam adversus eum solummodo agere potest ad id quod sua interest, sibi re conducta usque ad finem locationis uti non licuisse.[3])

Eine etwas abweichende Ansicht findet sich bei Sichardus.[4]) Er erkennt an, dass der Miether nur ein persönliches Recht hat, welches dem dinglichen des Käufers weichen muss, behauptet jedoch, dass dieser Grundsatz nur auf Miethverträge von kürzerer Dauer Anwendung finde, während Miethverträge von längerer Dauer dem Miether ein dingliches Recht verschaffen. Die Grenze soll hierbei die Dauer des Vertrags über zehn Jahre sein. „Quod

---

[1]) l. c. conclus. 45. p. 393.

[2]) l. c. § 6. i. f.

[3]) vgl. auch Mackeldey a. a. O. Bd. 2 § 379. Goeschen a. a. O. Bd. 2 § 511.

[4]) l. c. lib. 4. tit. 65.

colonus potest expelli per emptorem, sagt Sichardus, ratio est quia colonus non habet jus in re quod certe debet intelligi de colono modici temporis. Nam colonus magni temporis habet jus in re. Item qui conducunt ad decem vel plures annos. Nam hi si caderent a possessione, possent utili rei vindicatione ad recuperationem rei agere, quia habent jus in re sicut domini utiles. Si autem habent actiones quanto magis debent habere exceptionem."

Vielleicht geht diese Ansicht zurück auf eine ähnliche Bemerkung der Glosse zu l. 9 Cod. loc. Indem hier die Fälle aufgezählt werden, in denen die Miethe trotz des Eintritts eines Singularsuccessors von Bestand bleibt, nämlich bei Verkäufen des Fiscus nach l. 50 Dig. de jure fisci 49. 14. und bei Einweisung des Gläubigers in das Vermögen des Schuldners wegen Überschuldung desselben nach l. 8 Dig. de reb. auct. 42. 5.[1]) wird bemerkt: item in eo qui conduxit ad non modicum tempus qui habet actionem, multo magis ergo exceptionem.

Die Behauptung, dass bei Miethverträgen von längerer Dauer der Grundsatz „Kauf bricht Miethe" cessire, findet sich auch bei anderen Schriftstellern[2]), ohne dass jedoch erhellt, wie dieselben diese Umwandlung eines persönlichen Rechts in ein dingliches zu rechtfertigen gedenken, und ohne dass Uebereinstimmung in der Zeitbestimmung herrscht.

[1]) vgl. über diese Fälle unt. S. 67.

[2]) vgl. die bei Maulius Diss. cit. Angef. u. Bartolus l. c. verb. emptorem. Gothofredus l. c. ad l. 9 Cod. loc. „Die italienischen Juristen behandelten unter Heranziehung v. l. 1 § 3. Dig. de sup. 43. 18 jede auch über 9 Jahre geschlossene Pacht oder Miethe unter der Bezeichnung loc. cond. ad longum tempus der Emphyteusis bezw. der Superficies gleich und erhielten ihr so die Wirkung gegen den dritten Erwerber." Fischer a. a. O. S. 390.

Die Litteratur des kanonischen Rechts gewährt über die Frage, ob der Singularsuccessor an die von seinem Auctor abgeschlossenen Miethverträge gebunden sei, nur eine geringe Ausbeute. Eine besondere Abhandlung über diese Frage auf Grundlage des kanonischen Rechts scheint zu fehlen. Es lag hierzu allerdings auch wenig Veranlassung vor, insofern als die Kirche anerkanntermassen nach römischem Recht lebte, und im römischen Recht der Grundsatz, dass Kauf Miethe breche, klar ausgesprochen war. Indes beziehen sich sowohl die Anhänger als auch die Gegner des Satzes auf das kanonische Recht.[1]) Einen Beweis für die Anerkennung der römischen Principien hat man in c. 3. X de loc. cond. 3. 18 erblicken wollen, wo die Fälle aufgezählt werden, in denen es dem Vermiether freisteht, einseitig die Aufhebung des Miethvertrages zu verlangen; diese sind dieselben, welche l. 3 Cod. loc. 4. 65 für das römische Recht vorschreibt. Indes liegt auf der Hand, dass diese Stelle nur für das Verhältnis des Miethers zum Vermiether von Belang ist, und keinerlei Bestimmungen über das Verhältnis des Käufers zum Miether enthält. Man hat sich ferner auf c. 6. i. f. X de fid. instr. 2. 22 bezogen, wo es heisst: per instrumenta locationis nec est utique probata proprietas, nec ad plenum possessio cum ad probationem rei propriae, sive ad defensionem non sufficiat facta locatio.

Man hat hieraus geschlossen, wenn bei einem Streite über das Eigentum für den Miether der Nachweis der Vermiethung zum Behaupten der Sache nicht genügt, so kann der Miether noch viel weniger im Stande sein, sich gegen den Käufer, auf den das Eigentum übergegangen ist, zu schützen.

[1]) vgl. Ludewig, Diss. cit. § 45.

Auf der andern Seite hat man sich für die Behauptung, dass im kanonischen Recht ein dem römischen entgegengesetzter Grundsatz anerkannt sei, auf c. 4. X ne prael. vic. suas. 5. 4. berufen, welcher eine Entscheidung des Papstes Alexander III über einen an ihn berichteten Streitfall enthält. Es heisst hier: Querelam magistri G. recepimus, quod cum ecclesiam de Chephalai a. G. persona ejusdem (ecclesiae) ad annuum censum tenendam per septennium suscepisset, ipse (sibi), antequam eum per unius anni spatium tenuisset auferre praesumpsit, quamquam (idem G.) praestita fide firmaverat, quod usque ad statutum terminum nullam ei exinde molestiam vel gravamen inferret. Ideoque (fraternitati tuae per apostolica scripta praecipiendo) mandamus, quatenus si (tibi) constiterit ita esse (appellatione remota) eum districte compellas, ut praefatam ecclesiam dicto G. restituat et usque ad terminum (inter eos) constitutum secundum quod inter se convenerint ipsum eandem permittat pacifice possidere. Die Glosse bemerkt zu dieser Stelle: . . . Sed pone quod interim moriatur G. persona ecclesiae quae locavit, num quid successor tenetur stare contractui. Potest dici si nomine ecclesiae pro utilitate ecclesiae contraxisset et pecunia inde recepta in utilitatem ecclesiae conversa fuisset, teneretur successor stare contractui. . . . . Si vero non pro utilitate ecclesiae sed ut ipse tamquam praelatus perciperet redditus ad firmam, successor stare non tenetur, quia ultra tempus suum locare non poterit, et si solvit aliquid ultra sibi imputet; quia hoc praevidere debuit .... Die Glosse bezieht sich des weiteren auf Gomezius,[1]) der indes ausschliesslich auf römisches Recht Bezug nimmt

[1]) var. resol. tom. 2. c. 3. de loc.

und c. 4. X cit. nur ganz beiläufig erwähnt. Es geht daraus hervor, dass auch nach der Meinung der Glosse das römische Recht das entscheidende war.

Bei älteren Schriftstellern[1]) wird häufig die Frage ventilirt, ob die Kirche gehalten ist, die von Geistlichen oder Verwaltern des Kirchenvermögens geschehenen Vermiethungen anzuerkennen, wobei man sich auf den analogen Fall des Civilrechts, nämlich die Vermiethung durch einen Vormund oder Verwalter bezog. (l. 8. Dig. de admin. tut. 26. 7.) Die meisten Schriftsteller sprechen sich für die Gebundenheit des Vertretenen an den von dem Vertreter abgeschlossenen Miethvertrag aus, indem sie in diesem Falle nur eine Repräsentation des Vertretenen durch den Vertreter annehmen, keine Rechtsnachfolge, so dass die Anwendung der Regel gar nicht in Frage kommen konnte. Donellus[2]) bemerkt hinsichtlich der l. 8 Dig. cit.: Sed hic non est vera successio, tutor enim domini loco et perinde est, ac si pupillus ipse locasset.

Ebenso wird auch das Verhältnis des Verwalters geistlicher Güter oder des Geistlichen, der Kirchengut im Namen der Kirche verpachtet, von den meisten Schriftstellern angesehen. Anders dagegen ist es, wenn ein Geistlicher zu seinem Beneficium gehörige Objecte vermiethet oder verpachtet. Hierin gleichen, wie Sichardus bemerkt, die Geistlichen den Usufructuaren, welche auch nur während der Dauer ihres Rechts vermiethen können. Der Nachfolger des Geistlichen ist an die von seinem Vorgänger ab-

[1]) vgl. Sichardus l. c. Salicetus l. c. nr. 7. Zoesius l. c. n. 47 squ. Covarruvius, variae resol. tom. 2. resol. 15. Maulius Diss. cit. tit. 8 nr. 17. Ludovici, doctr. pand. p. 357. Struvius, exerc. 24. § 27. lib. 19. tit. 2.

[2]) l. c. tom. 3. pag. 833 n. 9.

geschlossenen Verträge nicht gebunden, weil er nicht Rechtsnachfolger desselben ist, sondern in seiner Person eine neue Collation erfolgt.[1]) Nur wenn der Pacht- oder Miethvertrag unter Genehmigung der höheren geistlichen Behörde geschlossen ist, muss man wohl die Gebundenheit des Amtsnachfolgers annehmen. Für die juristische Beurteilung unwesentlich ist der Gesichtspunkt, den Sichardus geltend macht, dass darauf gesehen werden soll, ob im einzelnen Fall die Vermiethung oder Verpachtung der Kirche vorteilhaft ist, oder nicht.

§ 3.

Die Zoll-Zaunschliffer'sche Controverse.

Während seit der Glossatorenzeit der Grundsatz, dass der Singularsuccessor nicht an die von seinem Rechtsvorgänger eingegangenen contractlichen Verbindlichkeiten gebunden sei, insbesondere die l. 9 Cod. loc. als unanfechtbares Dogma gegolten hatte, oder wenigstens nur ganz vereinzelt einen Zweifel erfahren hatte, machte sich seit dem Ende des 17ten Jahrhunderts eine lebhafte Opposition gegen den Satz „Kauf bricht Miethe" geltend, die einerseits vielleicht mehr dem Gefühl der Unbilligkeit des erwähnten Satzes, als dem Bestreben, einen Irrtum in der Auslegung des gemeinen Rechts nachzuweisen, entstammte, andererseits sich aber auch wohl als eine Wirkung des Widerspruchs, den das römische Recht in diesem Punkte bei dem Zusammentreffen mit dem vielfach entgegengesetzten Grundsatz des deutschen

[1]) Trid. sess. 25. c. 11. de ref. Friedberg, Kirchenrecht S. 418. N. 8.

Rechts erfuhr, darstellt,[1]) und insofern gewinnt dieser Streit als ein erster Versuch, das Eindringen des römischen Rechts in diesem Punkte zu hindern, ein grösseres Interesse, als an und für sich demselben beikommen würde.

Das Haupt der Opposition war der deutsche Professor Zoll in Rinteln, der in einer 1687 erschienenen Dissertation, die Rechtsparömie „Kauf bricht Miethe" entschieden bekämpfte und die Rechtsbeständigkeit der Miethe auch dem Singularsuccessor gegenüber verfocht.

Ihm trat der Marburger Professor Zaunschliffer mit einer Verteidigung des gemeinen Rechts entgegen, und es entspann sich nun zwischen beiden ein hartnäckiger Streit, der zu einem Wechsel mehrerer Streitschriften führte, bald auch andere Gelehrte in die litterarische Fehde hineinzog, welche die eine oder die andere Partei unterstützten, und der sich so bis in das folgende Jahrhundert hinein fortsetzte.[2])

Die ersten beiden Schriften Zoll's stimmen sowohl in der Begründung als auch im Resultate im wesentlichen überein und zeigen nur im einzelnen kleine Abweichungen oder Hinzufügungen, während die dritte, 1704 erschienene, Schrift zwar „quoad rem ipsam mit dem ersten Tractat ganz übereinkommt, quoad modum tractandi aber ganz davon differiret". Es soll daher dieselbe unten besonders erwähnt werden.

Die Ansicht Zoll's, welche er in den beiden ersten Abhandlungen vertritt, geht nicht sowohl

---

[1]) Ein Beweis dafür ist, dass Zoll in seiner Polemik wiederholt auf das dem römischen entgegengesetzte deutsche Recht Bezug nimmt. vgl. z. B. Diss. I. § 21. 22.

[2]) vgl. Nettelblatt, Beiträge St. 7. Nr. 4.

dahin, die Gebundenheit des Singularsuccessors an obligatorische Verträge seines Auctors zu behaupten; vielmehr erkennt Zoll an, dass principiell das dingliche Recht des Käufers dem persönlichen des Miethers überlegen sei, aber er will den Miether durch eine, sich als exceptio doli qualificirende Einrede aus dem Vertragsverhältnisse gegen jeden dritten schützen, oder wie er selbst seine Theorie ausdrückt:[1]) Conductorem eo casu, quo in possessione rei conductae constitutus est, emptori vel alii singulari successori ante finitam locationem cedere non teneri sed exceptione contractus etiam adversus ipsum emptorem et similem successorem se defendere et per vim expellere conanti resistere posse, juri civili convenientius arbitramur.

Die von Zoll gegen die gemeine Meinung geltend gemachten Gründe lassen sich unter zwei Gesichtspunkten zusammenstellen: einmal sucht er die Unrichtigkeit der herrschenden Meinung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nachzuweisen, und andererseits die einschlagenden, für die gegnerische Ansicht sprechenden Quellenstellen durch eine, meistens recht künstliche Interpretation zu entkräften.

Dass ein wesentlicher Unterschied zwischen dem dinglichen Recht des Käufers und dem persönlichen des Miethers bestand, und dass an und für sich das Recht des Käufers das stärkere war, konnte Zoll nicht verkennen, und er musste daher von vorne herein, um seine Theorie zu halten, das Recht des Käufers als ein nicht unbeschränkt ausübbares hinstellen. Er leitet diese Beschränktheit des Eigentumrechts des Käufers aus dem Satz: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet (l. 54 Dig.

[1]) Diss. I. § 3.

de reg. jur. 50. 17) ab.[1]) Denn da der Vermiether nur in ganz bestimmten, durch l. 3 Cod. loc. 4. 65 gesetzlich geregelten Fällen den Miethvertrag einseitig aufheben kann, der Verkauf aber nicht zu diesen Fällen gehört, so kann der Vermiether sein Recht auch nur so, wie er selbst es hat, also beschränkt, auf den Käufer übertragen. Würde das Recht des Vermiethers unbeschränkt auf den Käufer übergehen, so würde dies dem oben angeführten Grundsatz widersprechen. Will dann der Käufer sein Recht voll ausüben und den Miether austreiben, so hat dieser eine exceptio doli aus dem Vertrage. Diese Einrede ist eine exceptio rei cohaerens und geht daher gegen den Käufer wie jeden anderen Singularsuccessor, und so wird dem Miether, wenn auch nicht direct, so doch indirect gegen den Käufer Schutz gewährt.

Noch gegen einen andern Punkt richtet Zoll seine Angriffe.[2]) Das Recht des Käufers zur Austreibung des Miethers folgt aus seinem Eigentumsrecht. Dies ist also die notwendige Voraussetzung der Rechtsparömie. Zoll leugnet nun, dass dem Käufer ohne Willen des Miethers Eigentum verschafft werden könne. Denn die Besitzübertragung setzt eine vacua possessio voraus, welche durch die Detention des Miethers, der seine Mitwirkung bei der Tradition versagt, ausgeschlossen ist. In diesem Falle fehlt es dem Käufer, der weder Eigentümer noch Besitzer der vermietheten Sache ist, an jedem petitorischen oder possessorischen Mittel, um den Miether zu vertreiben.

Die Quellenstellen, auf welche die gemeine

[1]) Diss. I. § 3. 4. Diss. II. § 3.
[2]) Diss. I. § 6. II. § 3.

Meinung sich stützt, sucht Zoll meistens durch einschränkende Interpretation aus dem Wege zu räumen. Die wichtigsten einschlagenden Stellen sind ausser der schon erwähnten l. 9 Cod. loc. 4. 65 noch l. 32 Dig. loc. cond. 19. 2. und l. 120 § 2 Dig. de leg. I. Die l. 9 cit. will Zoll[1]) von dem Fall verstanden wissen, dass nach geschlossenem Miethvertrag aber vor Übergabe der Sache an den Miether die Sache verkauft und tradirt wird. Sein wesentliches Argument für diese Interpretation ist, dass es in der Stelle „prior dominus" heisst, also ein früherer Eigentümer einem jetzigen entgegengesetzt wird.

In der l. 32 Dig. loc. 19. 2: Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset, quod si colonus vellet colere et ab eo cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere. Et hoc detrimentum ad heredem pertinere, sicuti si quis rem, quam vendidisset necdum tradidisset alii legasset, heres ejus emptori et legatario esset obligatus, supponirt Zoll,[2]) dass der Erblasser ein verpachtetes aber noch nicht tradirtes Grundstück vermacht hat, und in l. 120. § 2. Dig. de leg. I: Fructus ex fundo pure legato post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem, dass der Erbe das vermachte Grundstück nach dem Tode des Erblassers noch verpachtet hat.[3]) Die Stellen bieten zu dieser einschränkenden Interpretation durchaus keine Veranlassung.

---

[1]) Diss. I. § 10. 11. II. § 8.
[2]) Diss. I. § 13. Diss. II. § 9.
[3]) Diss. I. § 14. Diss. II. § 10.

Die letzte 1704 erschienene Schrift[1]) Zolls weicht, wenn auch im Resultat im wesentlichen mit den früheren übereinstimmend, doch in der Art der Behandlung von denselben ab. Zoll leugnet auch hier, dass, wie die von ihm als communis opinio bezeichnete Ansicht annimmt, durch den Kauf die Miethe ipso jure gebrochen werde, macht dann aber im Verlaufe der Abhandlung einen Unterschied zwischen den Fällen, wo der Miethsmann ein inquilinus oder ein colonus ist, und bemüht sich nachzuweisen, dass die Stellung des Miethers im römischen Recht eine bessere gewesen sei, als die des Pächters.[2]) Der Miether gilt nach römischem Recht als Besitzer ebenso wie der Usufructuar und stehen ihm daher das interdictum unde vi und eine Ersatzklage zu, während dem Pächter nur die letztere gegeben ist. Wird daher der Pächter mit Gewalt aus dem Grundstück hinausgeworfen, so fehlen ihm zur Wiedererlangung desselben sowohl possessorische als petitorische Rechtsmittel, und ist somit zwar der Pachtvertrag geendet, aber nicht durch den Kauf, sondern durch die geschehene Austreibung. Die l. 9 Cod. loc. erklärt Zoll[3]) nun von

[1]) Diese Schrift ist wiederholt aufgelegt worden in den Jahren 1712, 1721, 1735 (42). Die Ausgabe von 1721 weicht von den früheren in der Behandlung ab, ohne jedoch etwas wesentlich neues für die aufgestellte Ansicht beizubringen. Es ist indessen nicht unmöglich, dass der Verfasser des Zoll'schen Lebens in: „Kurtze Historien der vormaligen und gegenwärtigen Gelahrtheit in Hessen v. J. 1725. trim. 2. n. 3. p. 185–94" dem diese Daten entnommen sind, in den einzelnen Jahreszahlen geirrt hat, und dass wie auch Nettelblatt a. a. O. bemerkt, die Ausgaben von 1712 und 1721 identisch sind. Die erstere war mir nicht zugänglich. Die Ausgaben von 1704 und 1742 stimmen überein.

[2]) Diss. III. § 2.

[3]) Diss. III. § 5.

dem Fall, dass der Käufer, nachdem er den Pächter vertrieben hat, von demselben auf das Interesse belangt wird. Die Stelle soll dann sagen, dass der Käufer nicht einmal zur Leistung des Interesses verpflichtet ist, wenn er nicht dem Pächter den Gebrauch der Sache zugesagt hat.

Der Endigungsgrund der Pacht würde also nur die factische Gewalt des Käufers sein, denn eine Verpflichtung des Pächters zu räumen, ist nach Zoll's Ansicht im römischen Recht nicht begründet, vielmehr hält er in Bezug auf diesen Punkt seine Ansicht aufrecht, dass einer Klage des Käufers eine exceptio doli entgegengesetzt werden könne.[1]) Die Stellung des Miethers dagegen wird durch den Verkauf nicht berührt. Denn da der Miether als Besitzer gilt, so hat er gegen den Käufer die Besitzinterdicte und wird daher selbst eine gewaltsame Austreibung seitens des Käufers das Miethverhältnis nicht aufheben. In keinem Falle bricht also hier Kauf die Miethe.

Die Vergleichung dieser Schrift Zoll's mit den vorhergehenden zeigt insofern eine Abweichung als Zoll hier einen Unterschied zwischen Miether und Pächter und deren Stellung dem Käufer gegenüber macht, während er früher für beide die gleichen Sätze aufgestellt hatte, lässt dagegen die Grundlage seiner abweichenden Meinung, die Zulässigkeit einer Einrede aus dem Vertrage gegen den Singularsuccessor unberührt. Im übrigen lässt Zoll sich in dieser Schrift noch schlimmere Irrtümer zu schulden kommen als in den früheren. Zaunschliffer hat dieser Abhandlung keine neue entgegengestellt.

---

[1]) Diss. III. § 9.

Den Angriffen Zoll's gegenüber vertheidigt Zaunschliffer die Gültigkeit des Satzes „Kauf bricht Miethe" mit den von Altersher dafür vorgebrachten Gründen, namentlich behauptet auch er, dass durch den Kauf die Miethe ipso jure gebrochen werde, wofür ein unwiderleglicher Beweis in l. 9 Cod. loc. enthalten sei. Sonst trifft Zaunschliffer[1]) richtig den Punkt in den Angriffen Zoll's, an dem dessen Lehre scheitern musste, nämlich dass im römischen Recht, der Miether sowohl wie der Pächter niemals Besitzer sondern nur nudus detentor gewesen ist und hebt dann mit Recht hervor, dass das persönliche Recht des Miethers dem dinglichen des Käufers und Eigentümers weichen muss, ohne dass der Miether aus dem mit dem Vermiether abgeschlossenen Vertrag dem Käufer eine Einrede entgegensetzen kann. Den Einwand Zoll's, dass die Voraussetzung des Eigentumsrechts, die Tradition der Miethsache, durch die Person des Miethers ausgeschlossen werde, sucht Zaunschliffer durch die Behauptung zu widerlegen, dass die Innehabung der Miethsache durch den Miether den Begriff der vacua possessio nicht ausschliesse, da der Miether nicht Besitzer sei. Ueberhaupt scheint die Frage nach der Möglichkeit der Tradition der Miethsache gegen den Willen des Miethers, welche der späteren Theorie grosse Schwierigkeit gemacht hat,[2]) den älteren Schriftstellern zweifellos gewesen zu sein. Denn abgesehen von Zoll findet sie sich von den späteren Schriftstellern kaum erwähnt. Man scheint der Meinung gewesen zu sein, dass die Zulässigkeit

[1]) Diss. I. §§ 1. 2. 3. Diss. II. ibid.

[2]) vgl. Gesterding a. a. O. S. 223. Dernburg a. a. O. S. 6 ff. Geller a. a. O. S 353 ff.

der Tradition zweifellos sei, da der Miether nur die Detention der Sache habe, ohne sich darum zu kümmern, dass die theoretisch richtige Auffassung auf grosse praktische Schwierigkeiten stösst.

Die sämmtlichen Streitpunkte in der Zoll-Zaunschliffer'schen Controverse sind mit ihren Begründungen und Widerlegungen später von Beyer[1]) so kurz zusammengestellt, wie es nur möglich ist, und mag diese Zusammenfassung, um ein Gesammtbild der Streitpunkte zu gewinnen, hier aufgeführt werden: Neque diffitemur, sagt Beyer, hujus (sc. Zaunschlifferi) sententiam in nostro et multis Germaniae foris obtinere, ubi conductor expellitur, salvo tamen regressu contra locatorem ad omne interesse; sed in puncto juris opinio Zollii potior videtur, quia (ut habent ejus rationes. 1) nemo plus juris transferre potest, quam habet, 2) per factum suum tertio non potest praejudicari, 3) emptor non habet vindicationem, quia dominium non accipit, nisi tradita vacua possessione, insistente vero et contradicente conductore possessio vacua non est. Itaque nulla emptori ad expellendum conductorem supererit actio; non rei vindicatio, quia nondum habet dominium; non actio ex contractu quia ipse cum conductore non contraxit; si vero ex persona locatoris ageret, obstaret exceptio contractus. Quae exceptio 4) etiam obstaret emptori, licet dominus factus esset. Non obstat. 1) l. 9 Cod. loc. ibi enim quaeritur de casu, si fundus vendatur antequam colono ex locatione traditus sit. idque evincunt verba d. l. „cui prior dominus". 2) l. 25. § 1 h. t. non de expulsione loquitur, sed denegatione aliarum praesta-

[1]) l. c. lib. 19. tit. 2. nr. 30.

tionum v. g. reficiendarum januarum, aut fenestrarum. 3) l. 32 Dig. h. t. loquitur de fundo conductori nondum tradito. 4) l. 120 § 2 Dig. de leg. I. agit de casu, ubi heres fundum pure legatum post mortem testatoris locaverat. Hic enim ipso jure transierat dominium. 5) l. 59 § 1. Dig. de usufr. agit de expulsione ob non solutam pensionem. 6) Quod conductor non habeat actionem: resp. habet exceptionem et retentionem adversus emptorem. Et hactenus dicta obtinent etiam in inquilino l. 3 Cod. h. t. quod ob indigentiam domini expellatur conductor, hic vero adsit indigentia emptoris. Resp. hoc privilegium, tamquam personale, transferri in alium non potest, et requiritur indigentia post contractum superveniens, non ultra accersita, ac proinde ad eum non pertinet, qui domum alteri locatam sciens emit.

Diese Punkte sind auch im wesentlichen der Inhalt der Controverse geblieben, die sich, wie schon oben bemerkt, noch lange fortsetzte und eine Reihe von Schriften, die bald dem einen bald dem andern folgten, hervorgerufen hat. Denn die meisten der späteren Schriftsteller beschränken sich auf eine mehr oder minder ausführliche Wiederholung der von Zoll und Zaunschliffer für ihre Meinung angeführten Gründe oder sie bemühen sich, da trotz der Anfechtung Zoll's die Meinung, dass Kauf Miethe breche, die herrschende blieb, Rechtsmittel ausfindig zu machen, um den Miether gegen die vermeintliche Unbilligkeit des Rechts zu schützen. Irgend ein neuer Gedanke zur juristischen Begründung und Klarstellung des Satzes tritt bei ihnen nicht hervor.

Der erste, der nach der letzten Schrift Zoll's die Frage wieder behandelte, war Gerhard.[1]) Dessen

[1]) Diss. cit.

Schrift beschäftigt sich jedoch vorwiegend mit dem deutschen Recht und sucht nachzuweisen, dass der Satz „Kauf bricht Miethe" auch dem deutschen Recht ursprünglich sei. Mit dem römischen Recht beschäftigt sich Gerhard nur beiläufig, mit Erwähnung der bestehenden Controverse, ohne sich jedoch auf eine Prüfung der Grundsätze einzulassen. Er selbst schliesst sich der herrschenden Meinung an.

Unter den späteren Schriften sind zu erwähnen die Schriften von Duillius,[1]) der allerdings auch nur eine Erzählung der Zoll-Zaunschliffer'schen Controverse, wobei er die letzte Schrift Zoll's nicht zu kennen scheint, und eine Aufzählung der für beide Meinungen angeführten Gründe und der Gegengründe giebt, ohne auch nur irgend etwas neues zu bieten, und dasselbe gilt von der sehr ausführlichen Schrift Ludewig's, der auch auf germanisches Recht Rücksicht nimmt.[2])

Der andere Teil der Schriftsteller sieht die Gültigkeit des Satzes „Kauf bricht Miethe" als unanfechtbar an und sucht nur noch nach Schutzmitteln für den Miether, wobei denn allmählich eine ganze Reihe aufgeführt zu werden pflegen. Neben den schon von den Glossatoren[3]) und den älteren Schriftstellern[4]) vor Zoll empfohlenen Pfandrecht an der Miethsache, dem pactum de non alienando mit dem Vermiether, auch in Verbindung mit einer

---

[1]) Diss. cit.

[2]) Die Schriften v. Otto, Storm, Quistorp (s. Litt. Vzn.) sind ganz wertlos, da sie nur eine zum Teil wörtliche Wiederholung früherer über diese Frage erschienenen Abhandlungen sind.

[3]) vgl. Azo, Bartolus ad l. 9 Cod. loc.

[4]) vgl. Donellus l. c. Cujacius l. c.

Hypothek, oder eidlich verstärkt,[1]) wird auch die Einräumung eines Ususfruct oder einer Emphyteuse resp. Superficies als Sicherungsmittel des Miethers angegeben.[2])

Dahin gehört die Abhandlung Hoheisel's,[3]) der seine Schrift als eine amicabilis compositio des entstandenen Streits bezeichnend, eine Vereinigung dadurch zu erreichen sucht, dass er den Miethvertrag als Kauf des Niessbrauchs der Sache auf bestimmte Zeit construirt. Dadurch gewinnt der Miether ein dingliches Recht und kann nicht von einem Käufer der Sache vertrieben werden. Gleichzeitig entwirft Hoheisel eine Formel für einen solchen Contract und erläutert dieselbe. Ferner gehört dahin die Schrift Lampe's,[4]) der seinerseits nach Aufzählung und Kritik der angeführten Sicherungsmittel, die Bestellung eines Ususfruct, einer Superficies oder Emphyteuse, welche dem Miether ein dingliches Recht verschaffen, empfiehlt.

Wenn auch die Gültigkeit des Satzes „Kauf bricht Miethe" durch die gegen ihn erhobene Opposition nicht wesentlich berührt ist, und die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller sich für ihn aussprechen, wie er denn in der Praxis niemals ernstlich bezweifelt war, ist auf der andern Seite auch die Zoll'sche Ansicht nicht ganz ohne Nachfolger geblieben, ohne dass es jedoch denselben gelungen wäre, der Zoll'schen Theorie zu grösserer Anerkennung zu verhelfen. Die meisten derselben schliessen sich

[1]) vgl. Barbosa ad l. 9 Cod. loc. Lauterbach l. c. lib. 19. tit. 2. Wernher l. c. obs. 360. Lampe Diss. cit. §§ 4. 5.
[2]) Eine Kritik dieser Mittel s. unt. S. 71 ff.
[3]) Diss. cit Nettelblatt a. a. O.
[4]) Diss. cit.

eng an das von Zoll Ausgeführte an. So Beyer[1]) und Ludovici,[2]) welche beide nach der Bemerkung, dass der Satz „Kauf bricht Miethe" in der Praxis herrschend sei, sich unter Anführung der Zoll'schen Gründe, „in puncto juris" für die Zoll'sche Meinung aussprechen. Ähnlich führt auch Stryk[3]) den Satz „Kauf bricht Miethe" mit dem Bemerken an, dass: ea sententia utut in puncto juris suis non careat dubiis in foro tamen ita convalescit, ut de ejus veritate practica dubitandum non est, und etwas zweifelnd drückt sich Schaumburg[4]) dahin aus, dass aus den Gesetzen namentlich auch aus der l. 9 Cod. loc. nicht mit Sicherheit hervorgehe, ob der Käufer sein Recht direct gegen den Miether geltend machen könne oder nicht vielmehr gegen den Vermiether klagen müsse auf Verschaffung des Besitzes der vermietheten Sache. Utrum (vero) successor, sagt Schaumburg, suo jure conductorem expellere possit, quod praxis illi, ita tamen concedit, ut aliquod spatium migrationis causa conductori dandum sit et conductori regressus adversus locatorem salvus maneat, utrum potius cum auctore suo, ut vacuam illi praestet possessionem et nisi hoc faciat interesse agere debeat, leges perspicue non determinant et secundum analogiam juris verius est, quod cum auctore suo, non cum conductore agere debeat.

Etwas ausführlicher haben Beck[5]) und Bünemann[6]) die Zoll'sche Ansicht vertreten, wobei sich

[1]) l. c. § 30.
[2]) l. c. § 24.
[3]) l. c. § 81.
[4]) l. c. § 23.
[5]) Diss. cit.
[6]) Diss. cit.

jedoch Beck ganz an Zoll anschliesst, während Bünemann sich bemüht, einige neue Argumente beizubringen.

Nachdem Beck die Unbilligkeit des Satzes hervorgehoben, führt er die von Zoll vorgebrachten Gründe an, giebt jedoch zu, dass ein Kampf gegen den Satz ganz aussichtslos erscheine, da die Praxis mit grosser Energie an der l. 9 Cod. loc. festhalte. Als besondere Unbilligkeit rügt Beck, dass die herrschende Meinung neben der an und für sich schon ungerechtfertigt erscheinenden Vertreibung des Miethers durch den Käufer, diesem noch das Recht giebt, nach Cession des Miethvertrags seitens des Vermiethers, den Miether zu zwingen, mit ihm den Vertrag fortzusetzen, und sucht dann des weiteren nachzuweisen, dass eine solche Cession, durch welche Rechte des Miethers geschmälert werden, ohne seine Zustimmung nicht zulässig sei, was auch namentlich in der l. 32 Dig. loc. 19. 2 deutlich zum Ausdruck komme.

Auch bei Bünemann kehren die allgemeinen Grundsätze, welche Zoll geltend gemacht hatte, wieder, namentlich, dass niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat, und dass, da dem Vermiether nur aus ganz bestimmten in l. 3 Cod. loc. geregelten Fällen das Recht zusteht, den Miether auszutreiben, der Verkauf aber nicht darunter fällt, der Miether gegen den Anspruch des Käufers auf Räumung eine sich als exceptio doli qualificirende Einrede haben müsse. Die Ansicht, dass der Verkauf die Miethe ipso jure breche, erklärt er für irrig, nimmt vielmehr die Dauer des Vertrags auch nach geschlossenem Verkaufe an, was sich schon aus dem Fortbestehen des Anspruchs des Vermiethers auf den

Miethpreis ergebe. Eigentümlich ist bei Bünemann die Auffassung der Miethe als Veräusserung des Nutzens der Sache, woraus sich dann für den Vermiether die Unmöglichkeit ergiebt, die Sache und somit auch deren Nutzen an einen zweiten zu veräussern ohne Zustimmung des Miethers, da niemand dieselbe Sache zweimal veräussern könne.[1]) Der Beweiskraft der l. 9 Cod. loc. sucht Bünemann sich dadurch zu entziehen, dass er die Lesart: „emptori quidem fundi necesse non est stare colonum" annimmt, wonach die Stelle sagen würde, dass der Pächter nicht gezwungen werden könne, ohne seine Zustimmung den alten Vertrag mit dem Käufer fortzusetzen. Dass der Miether nur Detentor ist, der Käufer nach der Tradition dinglich Berechtigter, wird von Bünemann nicht hervorgehoben; vielmehr geht er über diese Schwierigkeit, welche seiner Theorie entgegensteht, stillschweigend hinweg, und legt nur alles Gewicht, ebenso wie Zoll, auf die Unzulässigkeit der Veräusserung der Sache ohne Zustimmung des Miethers, und die, falls die Veräusserung doch geschieht, dem Miether zustehende Einrede aus dem Vertrag.

Die Schrift Bünemann's ist die letzte in der hundertjährigen Controverse über die Gültigkeit der Rechtsparömie „Kauf bricht Miethe". Sie ist indes von ebenso wenig Bedeutung, wie die meisten der vorhergehenden. Die Angriffe Zoll und seiner Nachfolger mussten erfolglos bleiben, weil die Schriftsteller sich bei ihren theoretischen Begründungen verhängnisvolle Irrtümer zu schulden kommen liessen und weil ihnen die Einsicht fehlte, dass man

[1]) Diss. cit. § 30. 31.

es hier nicht mit einer positiven Bestimmung des römischen Rechts zu tun habe, sondern mit einem Ausfluss allgemeiner Rechtsprincipien, welche eine Anfechtung des Satzes vom Standpunkt des positiven Rechts aus unmöglich erscheinen lassen mussten. Allerdings war diese Einsicht auch bei ihren Gegnern nicht immer vorhanden.

§ 4.

Die naturrechtlichen Lehren.

Eine tiefergehende Anfechtung als seitens Zoll und seiner Nachfolger hat der Satz „Kauf bricht Miethe" von den Anhängern der naturrechtlichen Lehren erfahren. Das Gefühl der Unbilligkeit des erwähnten Satzes, welches wol auch Zoll hauptsächlich zu dem Versuch geführt hatte, die Nichtübereinstimmung desselben mit geltenden Rechtssätzen zu behaupten, und welches sich auch bei den Schriftstellern geltend mache, welche seine Gültigkeit für das positive Recht nicht zu leugnen wagten, hat bei den Schriftstellern der naturrechtlichen Anschauungen einen lebhaften Ausdruck gefunden. So sagt Pufendorf[1]): Obligatur enim naturaliter locator si ante finem conductionis rem utendam vendiderit, e. c. domum, hortum, et sine ulla coactione, nec urgente necessitate jus suum resolverit et in alium transtulerit, conductorem indemnem praestare si ejus utilitati exinde aliquid decedat. Locator quidem jus habet perfectum et dominium in ipsam rem locatam. Attamen illo jure non poterit juste uti ad fidem solvendam et ad pactum conductoris disrumpendum, qui usum rei sibi ad certum tempus vindi-

[1]) l. c. lib. 1. cap. 15. § 10. n. 2.

caverat. Nulla etiam ratio subest cur conductori damnum quod exinde citra omnem suam culpam patitur, magis imputari debeat, quam locatori, cui jus non est, cum istius laesione lucrum capere. Quam ob causam tritum illud „Kauf geht vor Miethe", juris naturalis non esse nec valere posse colligo, nisi expresse locationis contractui fuit adjectum vel necessitas summa exceptionem faciat, vel conductori a locatore satisfiat. Novo pacto pacti alicujus fidem invito altero frangere non licet. Multarum quoque gentium justitia contrariam observavit consuetudinem.

Auch die andern Schriftsteller,[1]) welche den Satz erwähnen, sprechen sich ähnlich aus. Sie betonen, dass derselbe dem natürlichen Recht widerspreche. Man stützte sich vor allem darauf, dass der Vermiether durch den Miethvertrag dem Miether die Miethsache während der festgesetzten Zeit zum Gebrauch überlassen hat. Der Miether hat dieselbe dadurch in seinem Vermögen (in bonis) und dem Vermiether ist die Möglichkeit entzogen, während der Miethzeit über dieselbe zu verfügen. Verkauft der Vermiether die Sache, so liegt darin eine Disposition über einen Gegenstand, der ihm nicht gehört, und er verletzt ausserdem durch den Bruch seines Versprechens das göttliche und natürliche Recht. Denn Verträge sind strenge zu beobachten.[2]) Ausserdem ist der Verkauf ungültig, wie jedes Geschäft, das dazu dient, das erworbene Recht eines andern zu zerstören, und der Vermiether, der sich in die Unmöglichkeit versetzt

[1]) vgl. Hufeland a. a. O. § 631. N. 2. Thomas a. a. O. § 157. N. c. Gros a. a. O. § 215. N. 1. Claproth a. a. O. § 260. Christiani Diss. cit. Gerhard Diss. cit. cap. 2. § 2 sequ.

[2]) Wolf l. c. tom. 3. § 363.

hat, seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nachzukommen, ist dem Käufer zum Schadensersatz verpflichtet.[1]) Der Miether kann den auf Räumung klagenden Käufer mit der Einrede zurückweisen, dass der abgeschlossene Kauf ihn, den Miether, nicht berühre (exceptio rei inter alios actae), und dieselbe Einrede hat der Käufer gegen den Vermiether, falls dieser ihn als Miether in Anspruch nehmen will. Daher trifft den Vermiether aller Schade aus dem unrechtmässig abgeschlossenen Kaufvertrag, und er kann sowohl von dem Vermiether als dem Miether auf das Interesse belangt werden. Nach natürlichem Recht kann daher Kauf Miethe nicht brechen, und dem Miether muss es freistehen, sich auf jede Weise gegen den wortbrüchigen Vermiether zu sichern.

Einzelne Schriftsteller gehen noch weiter und schreiben dem Miether gerade zu ein dingliches Recht zu. So sagt Zeiller,[2]) „das dem Miether . . . . zugestandene Recht ist als ein dingliches zu betrachten, welches gegen jedermann stattfindet, mithin auch gegen denjenigen, der in der Zwischenzeit das (beschränkte) Eigentum erkauft hat. Nach dem Naturrecht bricht also der Kauf die Miethe nicht.“ Eine besondere Gestaltung hat Seyferheld[3]) der naturrechtlichen Lehre über diesen Punkt gegeben, durch Verbindung desselben mit Grundsätzen des positiven Rechts. Ausgehend davon, dass nach römischem Recht Kauf Miethe brechen müsse, weil der Miether hier nur ein persönliches Recht, der Käufer aber ein dingliches habe,

[1]) Gerhard l. c. cap. 2. § 7.
[2]) a. a. O. § 134.
[3]) Diss. cit.

behauptet er den entgegengesetzten Grundsatz für das natürliche Recht und zwar deswegen, weil nach natürlichem Recht der Vertrag, einem andern den beschränkten Nutzen an einer Sache einzuräumen als ein „titulus naturalis servitutem alteri constituendi considerari potest[1])". so dass also das Recht auf teilweise Benutzung der Sache als Servitut an derselben anzusehen ist. Daher gewährt auch der Miethvertrag dem Miether eine Servitut an der Miethsache und somit ein dingliches Recht, welches der Käufer nicht brechen kann. Die Römer befinden sich hinsichtlich dieses Punktes mit ihren Rechtssätzen in Widerspruch mit dem Naturrecht. Es hätte von ihnen ein Unterschied gemacht werden müssen zwischen dem in dem Miethvertrag enthaltenen natürlichen Titel auf Bestellung einer Servitut an der Miethsache und dem rechtlichen auf Einräumung der Miethsache. Da die Römer nur den letzteren anerkannt haben, so konnten sie dem Miether auch nur ein persönliches Recht gewähren und musste dann allerdings Kauf die Miethe brechen.

Auf der andern Seite konnten die naturrechtlichen Schriftsteller auch nicht verkennen, dass der von ihnen so lebhaft bekämpfte Satz sowol dem positiven geltenden Recht entspreche, als auch in der Praxis fast allgemein angenommen sei. Um diesen Zwiespalt zu erklären, sagte man nun, dass die derzeitigen staatlichen Einrichtungen wesentlich verschieden seien von dem Zustande der Freiheit, wo das Naturrecht seine volle Geltung entfalten könne und unbedingt herrsche. Die Hauptaufgabe

[1]) Diss. cit. § 3.

des Staates aber sei, die Ruhe unter den Bürgern aufrecht zu erhalten, und jede Streitigkeit unter denselben von vorne herein möglichst auszuschliessen. Dazu muss es aber dem Staat freistehen zu bestimmen, welches von mehreren etwa collidirenden Rechten stärker sein soll, als das andere, und was das Recht des Käufers im Verhältnis zu dem des Miethers angeht, so sieht der Staat das Recht des Käufers als das stärkere an und zwar deswegen, weil die Zurückhaltung des Käufers von der Austreibung des Miethers ein grösseres Übel ist und die Ruhe des Staats mehr stört, als die Verdrängung des Miethers. Auch wird diese Härte dadurch gemildert, dass der Miether den Verkauf voraussehen und sich gegen denselben schützen kann.[1])

Indessen ist die Behauptung, dass der Satz „Kauf bricht Miethe" dem Naturrecht widerspreche, nicht ganz unbestritten, und zwar hat Kant seine Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Naturrechts nachzuweisen gesucht.

In den „Erläuterungen[2]) zu den mataphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre" sagt Kant, dass ihm der Satz „Kauf bricht Miethe" als eine Heterodoxie im natürlichen Privatrecht gerügt sei, und dass es auch in Wahrheit als dem Vertragsrechte widersprechend erscheinen müsse, wenn der Vermiether durch seine Handlungsweise den Miether während der Miethzeit der Sache beraube. Doch erscheint dieser Einwand Kant unbegründet, denn „wenn bewiesen werden kann, dass der Miether, da er seinen Miethcontract machte, wusste oder wissen musste,

---

[1]) vgl. Gerhard Diss. cit cap. 2 § 7.

[2]) S. 168.

dass das ihm gethane Versprechen des Vermiethers als Eigentümers natürlicherweise (ohne dass es im Contract ausdrücklich gesagt werden durfte) also stillschweigend an die Bedingung geknüpft war, wofern dieser sein Haus binnen dieser Zeit nicht verkaufen sollte (oder es bei einem etwa über ihn eintretenden Concurs seinen Gläubigern überlassen müsste) so hat dieser sein schon an sich der Vernunft nach bedingtes Versprechen nicht gebrochen, und der Miether ist durch die ihm vor der Miethzeit geschehene Aufkündigung in seinem Rechte nicht verkürzt worden." Indes würde, wenn man den Miethvertrag als unter der Bedingung des Nichtverkaufs abgeschlossen ansieht, der Eintritt der Bedingung auch keinen Entschädigungsanspruch des Miethers begründen, welchen Kant dem Miether jedoch zuschreibt.[1]) Insofern beweist das Argument Kant's zu viel und er tritt mit seinen früheren Behauptungen in Widerspruch. Auch hat Kant mit dieser Ansicht keinen Beifall gefunden, alle Schriftsteller sind darin einig, dass der Satz „Kauf bricht Miethe" dem Naturrecht widerstreite.[2])

[1]) S. 130 a. a. O.

[2]) Dass in dem Bestreben, den Satz „Kauf bricht Miethe" als dem Naturrecht widerstreitend nachzuweisen, auch zugleich eine Opposition gegen das römische Recht enthalten war, kann nicht wohl bezweifelt werden, wenn auch in den hierher gehörigen Schriften ein ausdrücklicher Hinweis auf das römische Recht als die Quelle dieses Satzes nicht immer sich findet.

Auch ist die Opposition der naturrechtlichen Schule in diesem Punkte insofern von Bedeutung, als diese Lehren von bedeutendem Einfluss gewesen sind auf neuere Gesetzgebungen, namentlich auf das Preuss. A. L. R. Th. 1. Tit. 21. §§ 2—5. 350–357. 358–360. vgl. daz. Suarez Amtliche Vorträge etc. in v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 41. S. 67.

Zweiter Abschnitt.

§ 5.

Die Bedeutung des Satzes „Kauf bricht Miethe" im römischen Recht.

Die Irrtümer der älteren Theoretiker über die Bedeutung des Satzes „Kauf bricht Miethe" im römischen Recht erklären sich, wie bereits oben bemerkt wurde, wesentlich aus der irrtümlichen Auffassung, dass man es hier mit einer singulären Rechtsnorm, einer abstracten Wahrheit, nicht aber mit dem Ausfluss allgemeiner Rechtsprincipien zu tun habe. Indem man vor allem den Kaufvertrag betonte, kam man dazu, unter Berufung auf die positive Bestimmung der l. 9 Cod. loc. zu behaupten, dass durch den Kaufabschluss der Miethvertrag ipso jure gebrochen werde; oder wenn man auch bei Besprechung des Satzes den richtigen Gesichtspunkt, das dem Käufer erworbene Eigentum hervorhob, so scheint die Absicht doch mehr darauf gerichtet zu sein, einen, wie man meinte, positivrechtlichen Satz wissenschaftlich zu begründen, als nachzuweisen, dass man hier nur einen aus der ganzen Rechtsconsequenz mit Notwendigkeit folgenden Grundsatz vor sich habe, zu dem man auch hätte gelangen müssen, wenn er nicht zufällig ausdrücklich in den

Quellen ausgesprochen wäre. Sonst ist es unerklärlich, wie sich gegen diesen Satz, nachdem er seit der Glossatorenzeit unbezweifelt in Geltung gewesen war, eine so lebhafte Opposition durch fast Einjahrhundert erheben konnte, welche ihre Angriffspunkte wesentlich dem positiven Recht entnahm und erst unterlag, als man einsah, dass man es hier mit einem Satze zu tun habe, der sein Fundament in den Lehren des römischen Obligationenrechts hatte, und den man nicht abweisen konnte, ohne die Gültigkeit des römischen Rechts selbst zu leugnen.

Die Annahme, dass durch den Kaufabschluss der Miethvertrag ipso jure gebrochen werde, konnte in der Tat nur aus einem völligen Verkennen der römischen Grundsätze über den Kaufvertrag hervorgehen. Der Kauf ist ein obligatorisches Verhältnis und deshalb in seinen Wirkungen auf die Person der Contrahenten beschränkt. Die Wirkung für den Käufer ist zunächst der Anspruch auf Übergabe der verkauften Sache. Dieser Anspruch ist ein rein persönlicher und nicht im Stande, das persönliche Recht des Miethers zu brechen.

Aber das wesentliche ist, dass dem Käufer mit Übergabe der Sache das Eigentum an derselben verschafft werden soll. Die Tradition begründet für den Käufer die Singularsuccession in das Eigentumsrecht des Verkäufers. Dies ist das entscheidende Moment. Das dingliche Recht des Käufers überwiegt das persönliche des Miethers. Der Käufer ist an die von seinem Rechtsvorgänger abgeschlossenen obligatorischen Verträge nicht gebunden und aus ihnen nicht berechtigt. Denn der Vertrag wirkt nur zwischen den Contrahenten. Er kann daher den Miether, der ihn in seiner durch das Eigentum an

der gekauften Sache erworbenen ausschliesslichen Herrschaft über die Sache stört, austreiben. Es ist also nicht der Kaufvertrag dem Miethvertrag soweit überlegen, dass der Miethvertrag mit dem Kaufabschluss hinfällig wird, sondern der nur obligatorisch berechtigte Miether muss dem dinglichen Recht des Käufers weichen.

Es ergiebt sich hieraus, dass die Parömie „Kauf bricht Miethe" sowohl juristisch unrichtig als auch zu eng gefasst ist. Denn nicht nur beim Kauf tritt die erwähnte Wirkung ein, sondern überall wo durch Singularsuccession ein dingliches Recht für den Erwerber geschaffen wird, also auch beim Eigentumserwerb durch Schenkung, Tausch, Vermächtnis; und ebenso berechtigt ein an der Sache verschafftes dingliches Recht, welches das Recht des Miethers oder Pächters tatsächlich unausübbar macht, wie z. B. ein Ususfruct zur Austreibung des Miethers oder Pächters (l. 59 § 1 Dig. de usufr. 7. 1) Der Grund, weshalb gerade dem Kauf diese Macht zugeschrieben wurde, ist wol darin zu suchen, dass dies Rechtssprichwort seine Entstehung im Volke gefunden hat, welches aus der Menge der Rechtsgeschäfte dasjenige herausgriff, welches es täglich vor Augen sah, und unbekannt mit juristischer Abstraction, den äusserlich sichtbaren Momenten die Wirkung zuschrieb, welche erst das infolge des Kaufs erworbene Recht verschafft.

Die Parömie ist aber auch noch nach anderer Seite hin nicht richtig gefasst. Es liegt die Annahme nahe, als ob, wenn Kauf die Miethe bricht, der Eigentümer der vermietheten Sache sich durch die Veräusserung derselben von seinen Verbindlichkeiten befreien könnte. Aber schon aus allgemeinen

Rechtsgrundsätzen folgt, dass ein gegenseitiger Vertrag nicht ohne weiteres durch einseitige Handlungen aufgehoben werden kann. Der Erwerb der Sache durch den Käufer ändert in den Beziehungen des Miethers zum Vermiether rechtlich nichts. Der Miether wird dem Käufer gegenüber weder berechtigt noch verpflichtet und behält gegen seinen Vermiether den Anspruch auf fortlaufende Gewährung der Miethsache bez. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags.

Bei Beurteilung der verschiedenen Rechtsverhältnisse, welche sich aus dem Verkauf einer vermietheten Sache ergeben können, ist immer im Auge zu behalten, dass der Vermiether gleichsam in einer Doppelstellung, als Eigentümer der Miethsache und als Contrahent in einem Vertragsverhältnis in Betracht kommt. Aus dem Verkennen dieser Stellung erklärt sich die bei allen Gegnern des Satzes unter den älteren Theoretikern wiederkehrende irrtümliche Behauptung, dass eine Veräusserung der Sache durch den Vermiether unzulässig sei, weil das Recht des Miethers die volle Verfügungsgewalt des Vermiethers über die Sache ausschliesse. Man fand es den naturrechtlichen Anschauungen widersprechend, dass in einem gegenseitigen Vertrage der eine Contrahent sollte ungestraft sein Wort brechen und dem andern den vertragsmässig zugesagten Gebrauch der Sache entziehen können,[1]) und berief sich für das positive Recht auf den Satz der Quellen: nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.[2]) Die Unanwendbarkeit dieses, im übrigen ja unbezweifelt

[1]) vgl. Gerhard Diss. cit. cap. 2 § 6 sequ.

[2]) l. 54 Dig. de reg. jur. 50. 17. vgl. reg. 46. 79. de reg. jur. in VI^to. 5. 12. Zoll Diss. I § 3. 4. Diss. II § 3.

richtigen Satzes auf die Stellung des Vermiethers zum Käufer folgt, wie auch schon von älteren Schriftstellern[1]) teilweise richtig erkannt wird, daraus, dass durch die Stellung des Vermiethers in dem Vertragsverhältnis sein Recht über die Sache als Eigentümer zu verfügen, nicht geschmälert werden kann. Der Miether hat nur Rechte gegen den Vermiether, kein Recht an der Sache selbst. Dem Vermiether bleibt das Eigentum und Besitzrecht an der Sache unbeschränkt, und er kann es auch unbeschränkt auf einen Dritten übertragen.

Ob eine Übertragung der Sache an den Käufer während bestehender Miethe möglich ist, ist eine andere Frage, welche eine genauere Betrachtung vernotwendigt.

§ 6.

Die Zulässigkeit der Tradition der Miethsache an den Käufer während bestehender Miethe.

Die Voraussetzung der oben entwickelten römischrechtlichen Theorie über das Verhältnis des Singularsuccessors des Vermiethers zum Miether der gekauften Sache, ist das dem Käufer erworbene Eigentumsrecht. Steht dem Käufer dies nicht zur Seite, so fehlt es ihm an der Berechtigung, den Miether auszutreiben. Dass aber die Innehabung der Sache durch den Miether für die Tradition, welche erst das Eigentum verschafft, ein wesentliches Hindernis sein kann, kann nicht wol bezweifelt werden. Diese Schwierigkeit ist denn auch schon früh von den Gegnern des Satzes geltend gemacht worden,[2]) ohne dass jedoch so

[1]) Zaunschliffer Diss. I § 3.
[2]) vgl. Zoll Diss. I § 6.

grosses Gewicht darauf gelegt wird, wie dies teilweise von neueren Schriftstellern geschieht, welche in der Annahme, dass die hierin liegende unüberwindliche Schwierigkeit die ganze oben angeführte Theorie hinfällig mache, eine ganz neue theoretische Begründung des Satzes, dessen Gültigkeit sie nicht bestreiten konnten, versucht haben.[1]) Ein anderer Teil der Schriftsteller hat sich bemüht, durch zum Teil recht künstliche Lösungsversuche, „wahre Ausgeburten verzweifelnder Sophistik", diese Schwierigkeit zu umgehen.

Schmidt[2]) und Heimbach[3]) schreiben dem Miether ein Retentionsrecht zu, welches ihn befähige, die Einwirkung des Käufers auf die Sache zu verhindern. Daher sei eine unmittelbare Tradition nicht möglich. Aber sie könne dadurch beschafft werden, dass der Vermiether den Miether beauftrage, für den Käufer den Besitz auszuüben. Dieser Anweisung müsse der Miether Folge leisten, sonst müsse es so angesehen werden, als ob er die Detention aufgebe und sich juristischen Besitz anmasse.

Diese Ansicht dürfte indes nicht stichhaltig sein. Der Miether kann zu einer Mitwirkung bei der Tradition nicht gezwungen werden. Ein Recht auf eine Handlung hat der Vermiether an den Miether nur auf Grund des obligatorischen Verhältnisses aber auch nur auf ein solches Tun, welches sich als ein Ausfluss seiner contractlichen Verbindlichkeiten darstellt. Ein Recht aber, die Mitwirkung des Miethers bei Übergabe der Sache zu erzwingen, folgt für den

---

[1]) vgl. die Abhandl. v. Dernburg u. Ziebarth.

[2]) Handb. d. bürgerl. Rechts. Bes. Teil. Bd. 1 S. 85 ff.

[3]) in Weiske's Rechtslex. Bd. 11. S. 552.

Vermiether aus dem Vertrage nicht. Für die Behauptung, dass schon die Weigerung des Miethers den Verlust der Detention nach sich ziehe, ist kein Beweis erbracht, ebensowenig dafür, dass in der Erklärung nicht für den Käufer die Sache haben zu wollen, die Anmassung juristischen Besitzes liegt.[1])

Savigny[2]) und Windscheid[3]) nehmen die Möglichkeit einer Tradition durch constitutum possessorium an. Windscheid beruft sich hierfür auf l. 30 § 6 Dig. de a. v. a. p. 41. 2: Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet, tuum esse, nihilo minus ego id possidebo, et idem erit, si colonus meus fundum locaverit aut is apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit, et id quamlibet per plurium personam factum observandum ita erit.

Die Erklärung des Vermiethers, für den Käufer besitzen zu wollen, genügt nach dieser Ansicht für den Besitzerwerb desselben. Dass der Vermiether nicht wirklich den factischen körperlichen Besitz hat, sondern für ihn der Miether, hindert das constitutum nicht. Savigny bemerkt ausdrücklich, dass ein durch Repräsentanten ausgeübter Besitz, wie jeder andere durch constitutum übertragen werden könne, wenn nur überall die Voraussetzungen eines constitutum vorlägen.

Doch muss wol nach richtiger Ansicht die Besitzübertragung durch constitutum possessorium ausgeschlossen scheinen. Mit Recht bemerkt Geller[4]), dass die Möglichkeit der Tradition durch constitutum possessorium Detention auf seiten des Tradenten

[1]) vgl. auch Ziebarth a. a. O. S. 6.
[2]) a. a. O. S. 327 N. 1. 371 N. 1. 428.
[3]) a. a. O. Bd. 2 § 400 N. 7.
[4]) a. a. O. S. 354.

voraussetzt und daher dort, wo der Veräusserer selbst keine Detention hat, nicht denkbar sei. Ähnlich sagt auch Wendt[1]) „Wer nur durch corpus alienum seinen Besitz ausübt, kann zwar seinen Detentor zum Detentor seines Nachfolgers machen, nicht aber sich selbst, der als Tradent ausscheidet aus dem Besitz und Detention auch vorher nicht selbst hatte. Ueberdies fehlt zum constitutum possessorium das innere Verhältnis zwischen Tradent und Erwerber, ohne welches niemand zum Detentor eines andern wird."

Die weitaus meisten Schriftsteller suchen die Schwierigkeit durch Annahme einer longa manu traditio zu heben. So mit geringen Abweichungen unter einander Gesterding, Colberg, Träger. Man stützt sich für diese Behauptung auf die Lehre des römischen Rechts über den Besitzerwerb, wonach es nicht nötig ist, dass man die Sache mit Händen ergreift oder das Grundstück betritt, sondern schon die Möglichkeit auf die Sache beliebig einzuwirken genügt. l. 1. § 21 Dig. de a. v. a. p. 41, 2. . . . . non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem sed etiam oculis et affectu, argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditas eas haberi, si in re praesenti consenserint. . . . Hierzu genügt es, wenn der Verkäufer dem Käufer die Sache zeigt, mit der Aufforderung, sich derselben zu bemächtigen.

Alle diese Lösungsversuche hält Dernburg für misslungen und sucht ihre Unhaltbarkeit in einer scharfen Polemik gegen die oben genannten Schrift-

[1]) a. a. O. S. 252. dag. Exner a. a. O. S. 9.

steller nachzuweisen. Gegen Savigny macht er mit Berufung auf l. 18 pr. Dig. de a. v. a. p. 41. 2. die Gründe geltend, die bereits oben als gegen die Möglichkeit eines constitutum sprechend, angeführt sind, insbesondere betont er, dass die Fortsetzung der Detention für den Käufer durch den Miether erforderlich sei, worauf sich auch der Ausdruck „ministerium praestare" in der l. 18. cit. beziehe.

Eine Besitzverschaffung durch longa manu traditio hält Dernburg für unmöglich, indem er gestützt auf l. 18 § 2 Dig. de a. v. a. p. 41. 2. l. 79 Dig. de sol. 46. 3. l. 2 § 2 Dig. de a. e. v. 19. 1. l. 8 Cod. de a. e. v. 4. 49. behauptet, dass dieselbe eine possessio vacua voraussetze, eine Behauptung, welche sich schon bei älteren Schriftstellern findet.[1]) Die Innehabung der Sache durch den Miether lasse die possessio nicht als vacua erscheinen. Die longa manu traditio bilde keine juristische, sondern nur eine factische Erleichterung der Besitzübertragung.[2])

Da indes Dernburg die Gültigkeit des Satzes „Kauf bricht Miethe", wie er selbst zugiebt, der „präcisesten Texte" wegen nicht leugnen kann, so musste es sich für ihn darum handeln, nachzuweisen, dass eine Verbindlichkeit für den Miether oder Pächter besteht, den Käufer aufzunehmen, gleichgültig ob der Vertrag abgelaufen ist, sodass es auf den vollzogenen Eigentumsübergang nicht ankommt. Dies sucht Dernburg durch folgende Argumentation darzulegen.

Im römischen Recht nahm die Vermiethung oder Verpachtung einer Sache dem Eigentümer nicht das

[1]) vgl. Zoll Diss. I § 6.

[2]) vgl. Gesterding a. a. O. S. 232. Savigny a. a. O. § 23. Ziebarth a. a. O. S. 127. Seuffert Archiv XXIV 210. XXX 8.

Recht, dieselbe zu veräussern, wenn er nur den Miether oder Pächter für den Bruch des Vertrages entschädigte. Die Zulässigkeit der Veräusserung war ein naturale des Verpachtungvertrags und wenn sie geschah, so verwandelte sich das Recht des Pächters „in der Vertragserfüllung, nicht aber in der Vertragsverletzung" in eine Entschädigungsumme, weil der Pächter aus seinem Vertrage gebunden ist, dem Käufer die Sache zu übergeben und hierzu mit der Contractsklage gezwungen werden kann. Den Beweis für diese Behauptungen sucht Dernburg aus den Grundsätzen des römischen Rechts über das Tragen der Gefahr in Vertragsverhältnissen zu erbringen. Wie nach Abschluss eines Kaufs die Gefahr der Sache auf den Käufer übergeht, weil der Verkäufer vertragsmässig gebunden ist, die Sache nicht weiter zu veräussern, so muss auch bei andern Vertragsverhältnissen derjenige, welcher durch Nichterfüllung des Vertrags den andern Contrahenten hindert, durch Veräusserung der Sache die Verpflichtung zum Tragen der Gefahr von sich abzuwenden, die Gefahr der Sache tragen.[1]) Es müsste daher entweder durch den Miethvertrag das Veräusserungsrecht des Vermiethers aufgehoben sein, und der Miether dann die Gefahr tragen, oder wenn dies nicht der Fall ist, muss dem Vermiether das Veräusserungsrecht bleiben. Da nun positivrechtlich der Vermiether die Gefahr der Sache trägt, so folgt daraus für den Miether die vertragsmässige Pflicht, gegen Entschädigung den Erwerber der Sache aufzunehmen. Dieser Satz findet keine Anwendung, wo ein dingliches Recht durch blosse Willens-

[1]) l. 14. § 1. Dig. qu. m. c. 4. 2. l. 15. § 3. Dig. de r. v. 6. 1. l. 47. § 6 Dig. de leg. I.

erklärung entsteht, wie bei Vermächtnis, Niessbrauch, Hypothek. Sonst kommt es auf das in Folge des Vertrags erworbene Recht nicht an.

Diese Auffassung Dernburgs lässt sich für das römische Recht wol kaum aufrecht halten. Der Grund, weswegen beim Kauf der Käufer die Gefahr trägt, ist nicht darin zu suchen, dass der Verkäufer nicht weiter verkaufen kann, sondern in der Entäusserungsnatur des Kaufs, welche dazu geführt hat, einen Übergang der Sache in das Vermögen des Käufers auch vor erfolgter Tradition anzunehmen. Auch kann der Verkäufer die nicht tradirte Sache mehrmals verkaufen.[1]) Bei unmittelbarem Erwerb eines dinglichen Rechts soll dasselbe das persönliche Recht des Miethers brechen. Weshalb es beim Kaufvertrag nicht auf das Eigentum ankommen soll, ist nicht abzusehen.

Auch Ziebarth[2]) sucht den Satz „Kauf bricht Miethe" nicht aus dem Eigentumsrecht des Käufers, sondern aus dem Character der Miethe im römischen Recht zu rechtfertigen und fasst seine Behauptungen in folgende Sätze zusammen. „Nach klassischem römischen Recht konnte der Vermiether, wie jeder juristische Besitzer, den Miether als blossen Detentor aus eigener Macht jeder Zeit entsetzen. Der juristische Besitzer hatte zu demselben Zwecke seine possessorischen Interdicte, gegen welche der Detentor keine Einrede aus seinem Vertrage entnehmen konnte, weder um sich den ihm vertragsmässig zugesicherten Gebrauch zu erhalten, noch wegen seiner Entschädigung wegen vorzeitiger Räumung, noch wegen seiner Verwendungen auf die Sache. Ganz dieselbe absolute

[1]) Windscheid a. a. O. II. § 390. 8. N. 17.
[2]) a. a. O. S. 11 ff. 125 ff.

Kraft hatten sogar die petitorischen Rechtsmittel (rei vindicatio, publiciana, negatoria) des Vermiethers, dergestalt, dass auch gegen sie keine der erwähnten Einreden statthaft war. Also nicht der Kauf und nicht das dingliche Recht des Käufers brechen die Detention des Miethers, sondern diese war von vorne herein zerbrechlich und konnte von dem Vermiether selbst in jedem Augenblicke gebrochen werden."

Die Begründung dieser Sätze findet Ziebarth in dem Begriff der Detention im römischen Recht, welche als rein factisches Verhältnis keinerlei rechtliche Mittel dem Inhaber gewährt. Der Miether ist nur Detentor und nur obligatorisch berechtigt. Er besitzt weder die Sache, noch hat er ein Recht an derselben. Er ist nur Stellvertreter des Besitzers in der tatsächlichen Herrschaft über die Sache und daher ist es, wie die Römer annahmen, gleichgültig, ob ein Sclave des Herrn oder ein Miether die Sache inne hat.[1]) Daraus ergiebt sich auch die Pflicht des Miethers, den possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln des Vermiethers zu weichen.

Ob diese Sätze sich wirklich mit solcher Bestimmtheit aus dem römischen Recht ergeben, wie Ziebarth annimmt, mag hier dahingestellt bleiben.[2]) Es kommt darauf auch für die Frage, ob die Person des Miethers die Besitzübertragung hindern kann, nicht an. Bei allen Versuchen, die gemacht sind, um diese Schwierigkeit aus dem Wege zu räumen, ist nicht genügend berücksichtigt worden, dass die Person des Miethers nur ein factisches, kein rechtliches Hindernis der Besitzübertragung bilden kann. Wenn das römische Recht annimmt, dass der Miether

[1]) vgl. ob. S. 3.

[2]) vgl. Wendt a. a. O. S. 247.

nur obligatorisch berechtigt ist, so kann er auch in keiner Weise sich einer Besitzhandlung seines Vermiethers, welche nicht in Widerspruch mit seinen vertragsmässigen Berechtigungen steht, widersetzen, namentlich auch nicht der Tradition der Sache, weil ihm hierzu ein Recht an der Sache selbst zustehen müsste, während das Recht des Miethers sich nur als ein Anspruch an den Vermiether, ihm den Gebrauch der Sache zu gewähren, darstellt. Ein factischer Widerstand des Miethers konnte aber leicht durch int. uti possid. oder unde vi gebrochen werden, und dann bot die Tradition keine Schwierigkeit.

Sehr scharf ist die Unfähigkeit des Miethers, die Tradition zu verhindern, von Sohm[1]) hervorgehoben, welcher bei Besprechung des Unterschiedes zwischen dem obligatorischen Anspruch und dem dinglichen Recht auch auf die Miethe Rücksicht nimmt. „Der Miether ist, wie Sohm ausführt, nach römischem und ebenso nach heutigem gemeinen Recht, welches eben das römische Recht ist, nicht berechtigt, in dem gemietheten Hause zu wohnen, daselbst einzuziehen, sich dort aufzuhalten u. s. w. Wäre er dazu berechtigt, so würde er ein dingliches Recht haben, (das Recht, auf eine bestimmte Sache handelnd einzuwirken,) nicht ein blosses Forderungsrecht, weil er aber ein blosses Forderungsrecht hat, so hat er nur das Recht, dass der Vermiether ihn wohnen lasse, ihm das frui gewähre. In jeder Einwirkungshandlung des Miethers auf die Sache, sieht das Recht nicht des Miethers Handlung, sondern eine Handlung des Vermiethers. Nicht der Miether, sondern der Vermiether ist daher juristischer Besitzer der Sache."

[1]) in Grünhut's Ztschr. Bd. 4 S. 459.

„Der Vermiether bleibt der Herr der Sache und sein freier Wille ist es, welcher dem Miether in jedem Augenblick den Nutzen der Sache zuwendet." „Der Pächter, welcher vor Ablauf seiner Pachtperiode sich dem unrechtmässigen willkürlichen Expulsionswillen seines Verpächters widersetzt und sich im Besitze des gepachteten Grundstücks behauptet, ist nicht in der Verteidigung, sondern in der Überschreitung seines Rechts begriffen."

Die Tradition der Sache konnte bei dieser Auffassung des römischen Rechts keine Schwierigkeiten machen und dem Vermiether steht es frei, dieselbe auf jegliche Art zu bewirken. Dass der Miether den Besitzhandlungen des Vermiethers oder des Käufers factischen Widerstand entgegensetzen kann, und dass dies auch tatsächlich oft geschehen wird, ist nicht zu bezweifeln. Aber die factische Unmöglichkeit kann nicht gegen die Richtigkeit der juristischen Construction beweisen. [1])

§ 7.

Das Verhältnis des Käufers zum Miether.

In der irrtümlichen Auffassung, dass der Satz „Kauf bricht Miethe" etwas singuläres sei und dem Käufer ein besonderes sog. jus expellendi einräume, bemühten sich die älteren Theoretiker [2]) Rechts-

[1]) Wo Eigentum durch Auflassung erworben wird, fallen die erwähnten Schwierigkeiten fort. Darüber, ob der Miether die Auflassung hindern kann, vgl. Buchka u. Budde a. a. O. Bd. 1. S. 54. Wendt a. a. O. S. 257 ff. Fischer a. a. O. S. 385. CPO. § 814.

[2]) vgl. Zaunschliffer Diss. I. § 5. II. § 5. Ayrer l. c. p. 240 sequ.

mittel für den Käufer aufzustellen, mit denen die Austreibung des Miethers am leichtesten zu bewirken sei. Es pflegen bei dieser Gelegenheit von den Schriftstellern eine Reihe solcher Mittel aufgeführt zu werden, so dass der Käufer sicher niemals in Verlegenheit um eine Klage kommen konnte. Da die Art und Weise, wie dieser Punkt von den Theoretikern behandelt wird, die beste Illustration für ihre Theorie bietet, so soll derselbe hier kurz berührt werden.

Als Mittel, die natürlich nur dem nicht besitzenden Käufer zu seinem Rechte verhelfen sollten, werden aufgeführt: Die rei vindicatio, die publiciana actio, die possessorischen Interdicte, eine condictio sine causa und eine condictio ex lege 9 Cod. loc. 4. 65.

Nach dem Vorgang älterer Schriftsteller[1]) wird die Behauptung, dass dem Käufer einer vermietheten Sache auch vor erfolgter Tradition die rei vindicatio zustehe, auch von Zaunschliffer[2]) in seiner Polemik gegen Zoll geltend gemacht. Den Einwand Zoll's, dass eine Tradition und somit der Eigentumserwerb für den Käufer unmöglich sei, sucht Zaunschliffer dadurch zu widerlegen, dass er behauptet, die Cession der rei vindicatio ersetze die Tradition, und den Einwand, dass dann dem Cessionar dieselben Einreden entgegenstehen müssten wie dem Cedenten, mit der Behauptung, dass durch den Kauf der Miethvertrag ipso jure aufgehoben werde, und folglich keine Einreden aus demselben mehr zulässig sein könnten. Ebenso nimmt Ayrer[3]) mit

[1]) Manzius, dec. Palat. 44. nr. 6.
Mevius, cons. 7. nr. 1.
[2]) Diss I. § 5. II. § 5.
[3]) l. c. p. 240.

Berufung auf l. 18 § 1 Dig. de a. v. a. p. 41. 2. an, dass dem Käufer die Eigentumsklage schon vor der Tradition zustehe. Auch berief man sich zur Rechtfertigung dieser mit den Grundsätzen des römischen Rechts in striktem Widerspruch stehenden Behauptung auf das natürliche Recht, nach welchem das Eigentum auf den Käufer auch vor der Tradition übergehe. [1])

Diese Behauptungen bedürfen kaum einer Widerlegung. Dass der Käufer vor der Tradition die Eigentumsklagen aus eigenem Recht anstellen kann, ist im römischen Recht nirgends anerkannt, ebenso, dass die Cession der rei vindicatio die Tradition ersetzt. Will der Käufer aber die Klagen ex persona auctoris anstellen, so stehen dem Miether gegen ihn als Cessionar alle Einreden wie gegen den Vermiether zu. Der Miether würde ihm mit Recht eine exceptio doli oder pacti, den Einwand entgegensetzen, dass er die Sache gemiethet habe, dass aber die Miethzeit noch nicht abgelaufen sei und kein Grund vorläge, ihm die Sache vorher zu entziehen. Ebenso verhält es sich mit der actio publiciana.

Die Interdicte hat der Käufer nicht, weil sie nur dem Besitzer zustehen und in seiner Person keine Besitzstörung oder Besitzentsetzung vorliegt. Aus eigenem Recht kann der Käufer die Interdicte nicht anstellen, und thut er es aus der Person des Besitzers, so wird es sich wieder „um die Vertrags-, nicht aber um die Besitzfrage drehen". [2])

---

[1]) vgl. Grotius, de jur. belli et pac. l. 2. c. 6. Wernher, de usu jur. nat. in foro c. 6. § 40. Kestner, jus nat. et gent. c. 5. § 20.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 19.

Die Annahme, dass dem Käufer eine condictio sine causa zur Austreibung des Miethers dienen könnte, ist auch ein Ausfluss der Ansicht, dass durch den Kauf der Miethvertrag ipso jure gebrochen werde; sonst ist es unerfindlich, wie man hierauf kommen konnte, da niemand behaupten konnte, dass der Miether die Sache sine causa besitze oder dass er dem Käufer zur Herausgabe verpflichtet sei, dem gegenüber er durch den Verkauf der Sache in gar kein rechtliches Verhältnis getreten ist.

Dass man endlich noch zu einer condictio ex lege 9 Cod. loc. griff, ist ebenfalls ein Beweis dafür, wie sehr die älteren Theoretiker über den Inhalt der l. 9 Cod. cit. im Verhältnis zu anderen Sätzen des römischen Rechts irrten. Nach den Worten von Paulus in l. un. Dig. de cond. ex lege 13. 2. Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur ex lege agendum, soll eine sog. condictio ex lege eintreten, wenn bei Einführung eines neuen Rechtssatzes nicht zugleich die Art der Klage angegeben wird. Die l. 9 Cod. cit. will aber durchaus keinen neuen Rechtssatz aufstellen, aus dem man ein besonderes Klagrecht für den Käufer ableiten könnte. Sie spricht nur ein Recht aus, welches sich für den Käufer aus der ganzen Rechtsconsequenz mit Notwendigkeit ergiebt.

Nicht der Kauf als solcher, sondern das in Folge desselben durch die Tradition begründete dingliche Recht des Käufers ermächtigt ihn zu einer Austreibung des Miethers. Der Kauf giebt dem Käufer nur einen Anspruch an seinen Verkäufer auf Verschaffung der verkauften Sache. Ein Recht gegen den Miether hat der Käufer vor dem Besitzerwerb nicht.

Widersetzt sich aber der Miether dem Käufer,

wenn er im Auftrag des Vermiethers den Besitz der Sache ergreifen will, so begründet er gegen sich für den Vermiether die possessorischen Interdicte, weil in der Weigerung eine Besitzstörung bez. Besitzentsetzung des Vermiethers liegt. In dem sich erhebenden Streit wird naturgemäss das Besitzrecht des Eigentümers durchdringen und der Miether zur Anerkennung desselben, sowie zur Duldung der Besitzhandlungen, welche der Eigentümer vornimmt, gezwungen werden. Dass dem Vermiether dies Recht gegen seinen Miether zusteht, geht aus den Quellen deutlich hervor. So sagt l. 3 § 3 Dig. uti poss. 43. 17. Cum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aeque competere interdictum uti possidetis placuit, testarique dominum non prohibere inquilinum ne habitaret, sed ne possideret. Ausdrücklich von dem Falle, wo die vermiethete Sache verkauft wird, handelt l. 18 pr. Dig. de vi 43. 16. Cum fundum qui locaverat vendidisset jussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit, postea emptor vi colonum expulit, de interdictis unde vi quaesitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Emptorem quoque qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri. Non enim ab ipso sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset. Dixi non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.

Zur Erläuterung dieser sehr bestrittenen Stelle diene Folgendes. Der Fall, der hier entschieden wird, liegt so: Der Verpächter hat das verpachtete Grundstück verkauft und ermächtigt den Käufer, sich in den Besitz zu setzen. Der Pächter hindert den Käufer. Darauf vertreibt der Käufer ihn mit Gewalt. Es fragt sich, wem das interdictum unde vi zusteht. Der Jurist entscheidet, dass dasselbe dem Verkäufer zustehe, da diesem der Besitz entzogen sei. Denn ob der Pächter den Eigentümer selbst, oder einen von diesem geschickten Dritten gehindert habe, sei irrelevant. Der Jurist fügt begründend hinzu, der Besitz des Verkäufers sei nicht eher verloren, bevor dem Käufer die Sache übergeben sei. Die Person des Pächters kommt hierbei garnicht in Betracht.[1]) Wenn nun der Pächter nach Verdrängung des Käufers auf dem Grundstück bleibt, so liegt hierin seinerseits eine Besitzanmassung. Treibt dann der Käufer den Pächter aus, so greift er in dessen Besitz ein, und dann ist allerdings für den Pächter als Besitzer das Interdict begründet (emptorem quoque qui postea vim adhibuit, et ipsum colono interdicto teneri). Es ist dies nur eine Consequenz der römischen Anschauung über den Besitzschutz. Eine Einrede (exceptio vitiosae possessionis) ist für den Käufer nicht begründet. Nicht ihm, sondern dem Verkäufer gegenüber besitzt der Pächter unrechtmässig. Nun fragt es sich, ob der Verkäufer dem Käufer gestatten kann, den Pächter wieder zu vertreiben. Der Jurist entscheidet, dass er dies nicht kann, weil dieser Auftrag ein unerlaubter sei. Der Grund, weswegen dies mandatum als illicitum be-

[1]) vgl. Ziebarth a. a. O. S. 126. Traeger a. a. O. S. 65. N. 9. dag. Dernburg a. a. O. S. 24.

zeichnet wird, ist wol darin zu suchen, dass ein Recht auf Selbsthülfe nicht abgetreten werden kann, nachdem der Verkäufer in seinem Besitz durch die Anmassung des Pächters gestört ist.[1] [2] [3])

Denselben Fall wie die lex 18 Dig. 43. 16. behandelt die lex 12 eod. Colonus cum, cui locator fundum vendiderat cum is in possessionem missus esset, non admisit. Deinde colonus vi ab alio dejectus est. Quaerebatur quis haberet interdictum unde vi. Dixi nihil interesse colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem dejecisse tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte

[1]) vgl. Ziebarth u. Traeger aa. OO. Mühlenbruch a. a. O. S. 280

[2]) Den Beweis, den man aus dieser Stelle dafür hat erbringen wollen, dass auch die röm. Juristen nicht hätten umhin können, in gewissen Fällen dem Miether Besitz zuzuschreiben, dürfte nicht stichhaltig sein. Der Miether, dem hier Besitz zugeschrieben wird, ist eben kein Detentor mehr, sondern Besitzer, weil er durch die Weigerung, den Käufer aufzunehmen, seinen animus domini dokumentirt. In diesem Falle wird er als Besitzer, wenn auch als unberechtigter gegen dritte einstweilen geschützt. Indes wird das Interdict des Miethers vollständig durch das dem Vermiether gegen ihn gewählte paralysirt.

[3]) Einen besonderen Rechtsschutz gegen Besitzstörung gewährte das römische Recht dem Pächter eines locus publicus durch das int. de loco publico fruendo. l. 1. Dig. de loc. publ. fruen. 43. 9. Ziebarth a. a. O. S. 157. Degenkolb a. a. O. S. 31. 204. Fischer a. a. O. S. 316.

Über den Schutz des Miethers oder Pächters durch int. quod. vi aut clam. s. l. 11. § 14. l. 12. l. 16 pr. Dig. quod. vi aut clam 43. 24. u. Ziebarth a. a. O. S. 142 ff. Windscheid a. a. O. S. II. § 465. A. 1. Fischer a. a. O. S. 316. N. 21.

Über die Ansicht Ihering's, dass die actio injuriarum dem Miether einen Rechtsschutz gewährt habe, s. denselb. in Jahrb. f. Dogm. Bd. 23. S. 385 ff.

propter justam et probabilem causam id fecisset. Auch hier wird entschieden, dass dem Verkäufer im Fall der Weigerung des Pächters, den Käufer aufzunehmen, die Besitzinterdicte zustehen, weil in dieser Beziehung kein Unterschied zwischen Eigentümer und Käufer ist. Eine Schwierigkeit liegt nur in den Schlussworten der Stelle, wo gesagt wird, dass das Interdict gegen den die Sache retinirenden Pächter nur zustehen soll, wenn nicht eine justa et probabilis causa ihn zur Zurückbehaltung berechtigt.

Mühlenbruch[1]) geht in Folge dessen, gestützt auf l. 1 Cod. unde vi. 8. 4. Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare debet, soweit, dem Pächter auch alle Einreden aus dem Pachtverhältnis gegen die Interdicte zu geben, Wer sich gegen Gewalt in seinem rechtmässigen Besitz zu halten sucht, soll doch die Folgen eigenmächtiger Handlungsweise nicht auf sich laden.

Dernburg[2]) sieht es als einen gerechten Grund zur Zurückbehaltung schon an, wenn der Verpächter von dem Pächter verlangt, das Grundstück vor beendigter Pachtzeit zu räumen.[3])

Windscheid[4]) nimmt an, dass die Worte justa et probabilis causa nur sagen sollen, dass in der Retention keine Besitzstörung liege.

---

[1]) a. a. O. S. 280. N. 75 a. E.

[2]) a. a. O. S. 26.

[3]) Dies ist auch die Ansicht der Scholien zu Bas. 60. 17. 18: ἢ ὡς μήπω τυχὸν πληρωθέντων τῶν τῆς μισθώσεως χρόνων (vel si nondum impleta fuerint tempora locationis). Fischer a. a. O. S. 319 N. 34.

[4]) a. a. O. Bd. II. § 400. N. 7. vgl. auch Ruhstrat a. a. O. S. 372.

Savigny,[1]) der allerdings die erwähnte Stelle nicht besonders behandelt, äussert bei Besprechung der l. 20 Dig. de a. v. a. p. 41. 2., wo von dem Zurückbehalten einer geliehenen Sache ex justa causa die Rede ist, eine solche justa causa sei z. B. das Retentionsrecht wegen der actio commodati contraria, also hauptsächlich wegen Impensen.

Doch beruhen diese Auffassungen grösstenteils auf einer falschen Voraussetzung. Zunächst dürfte es wol keinem Zweifel unterliegen, dass die l. 12 cit. nicht, wie Glück[2]) annimmt, von einem Falle handelt, wo das Pachtverhältnis bereits beendet ist, so dass der Verpächter sich der Interdicte nur nach Ablauf der Pachtzeit bedienen könne, wenn der Pächter sich weigert, den Käufer aufzunehmen, sondern, wie aus den Anfangsworten der Stelle deutlich hervorgeht, von einem Verkauf während der Pachtzeit. Die fraglichen Worte beziehen sich auch gar nicht auf das Pachtverhältnis, nicht auf die Stellung des Verpächters zum Pächter als Contrahent in einem Vertragsverhältnis, sondern als Besitzer der Sache, der in seinem Besitze gestört wird. Aus dem Pachtvertrage kann der Pächter kein Recht hernehmen, sich einer Besitzänderung des Verpächters zu widersetzen (vgl. ob. S. 40).[3]) Es soll nur gesagt werden, dass tatsächliche Verhältnisse vorliegen können, die es billig erscheinen lassen, dass der Pächter die Sache, die er dem Rechte nach sofort herausgeben müsste, noch eine Zeit lang behält. Es entspricht der aequitas, dass auf den Pächter Rücksicht genommen wird, ohne dass sich diese Fälle

[1]) a. a. O. S. 430 N. 2.
[2]) a. a. O. Bd. 18. S. 22.
[3]) vgl. auch Degenkolb a. a. O. S. 227.

von vorneherein genau feststellen lassen. Ein Retentionsrecht wegen Impensen ist aus l. 12 cit. nicht zu entnehmen. Dasselbe würde dem Pächter nur gewährt werden können, wenn der Eigentümer ihm die Sache in seiner Eigenschaft als locator unzeitig abforderte, nicht aber wie im Falle der l. 12 cit. als Besitzer, der in seinem Verhältnis zur Sache gestört ist. Das Mittel des Pächters, seine etwaigen Entschädigungsansprüche gegen den Verpächter geltend zu machen, ist die actio conducti.[1])

Bisher ist nur die Rede davon gewesen, wie sich das Verhältnis zwischen Käufer und Miether gestaltet, wenn es dem Käufer nicht gelingt, sich in den Besitz der Sache zu setzen. Der Käufer hat kein Recht, sich selbst den Besitz zu verschaffen, sondern er kann dies nur indirect durch seinen Verkäufer. Dieser als Besitzer der Sache kann den Miether oder Pächter zwingen, sich seinen Besitzhandlungen nicht zu widersetzen. Ist dagegen dem Käufer Besitz und Eigentum verschafft, so bedarf es für ihn, wie sich leicht ergiebt, keiner besonderen Mittel, um das sog. jus expellendi geltend zu machen. Er treibt den Miether kraft seines dinglichen Rechts aus. Das persönliche Recht muss dem stärkeren dinglichen weichen. Dem Käufer stehen jetzt alle Mittel zu Gebote, die dem Besitzer und Eigentümer zustehen, das interdictum uti possidetis gegen eine Besitzstörung, das interdictum unde vi und die rei vindicatio gegen eine Besitzentsetzung des Miethers. Da sich dies Recht des Käufers als einfache Consequenz seines Eigentumrechts darstellt, so ist es nicht zu

[1]) vgl. dar. Ziebarth a. a. O. S. 20 ff. S. 132 ff. Windscheid II. § 400. N. 7.

bewundern, dass es in den Quellen nirgends als etwas singuläres, sondern als etwas ganz selbstverständliches ausgesprochen wird.[1]) Vgl. l. 59. § 1. Dig. de usufr. 7. 1. l. 120 § 2. Dig. de leg. I. l. 9 Cod. loc. 4. 65.

§ 8.

Das Verhältnis zwischen Vermiether und Miether nach abgeschlossenem Kauf.

Die Doppelstellung des Vermiethers als Eigentümer der Sache und als Contrahent in einem Vertragsverhältnis bringt es mit sich, dass eine Verfügung desselben, welche er als Eigentümer mit seiner Sache vornimmt, auf das obligatorische Verhältnis mit dem Miether keinen Einfluss haben kann. Der Vermiether kann sich durch seine Handlungsweise von seinen contractmässigen Verbindlichkeiten dem Miether gegenüber nicht befreien. Dieser hat nach wie vor einen Anspruch gegen ihn auf das Gewähren des uti frui der Sache, welchen der Vermiether erfüllen muss. Dies sagt ausdrücklich l. 25 § 1 Dig. loc. 19. 2. Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat. Alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto. Vgl. auch l. 32 Dig. loc. 19. 2.

Der Miethvertrag dauert also zwischen den Contrahenten unverändert fort. Die Person des Käufers kommt garnicht in Betracht. Es wird so angesehen.

[1]) vgl. Träger a. a. O. S. 68.

als ob der Inhalt des Miethvertrags von dem des Kaufvertrags ausgenommen sei. Duldet der Käufer den Miether, so begründet dies kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Käufer und Miether. Der Käufer kann den Miether zu jeder Zeit austreiben. Ebensowenig tritt eine Änderung im Verhältnis des Miethers zum Vermiether ein. Der Miether hat, was ihm aus dem Vertrage zukommt, allerdings nur durch den Willen des Käufers; muss dagegen auch seinen Verpflichtungen dem Vermiether gegenüber nachkommen. Anderer Ansicht ist Dernburg[1]), welcher in diesem Fall dem Vermiether das Recht auf den Miethzins abspricht, weil es von dem Augenblick an, wo der Käufer Eigentümer werde, an einer Gegenleistung des Vermiethers fehle.[2]) Dernburg folgert dies aus seiner Ansicht über das Tragen der Gefahr bei Verträgen (vgl. ob. S. 46), aber einen Beweis aus den Quellen hat er für seine Behauptung nicht beigebracht.[3])

Der Käufer und Miether kommen in gar kein rechtliches Verhältnis zu einander. Stört der Käufer den Miether in der Ausübung seiner Rechte, so kann dieser sich nicht an den Käufer, sondern nur an den Vermiether um Abstellung seiner Beschwerden bez. Schadensersatz wenden. Wenn andererseits der Miether die Sache deteriorirt, so kann ihn nicht der Käufer direct belangen, falls nicht etwa die lex Aquilia Platz greift, sondern nur durch Vermittlung des Vermiethers l. 30 § 13 Dig. de a. e. v. 19. 1..... Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex

[1]) a. a. O. S. 42.

[2]) vgl. aber l. 13. § 11. Dig. d. a. e. v. 19. 1.

[3]) vgl. auch Vangerow a. a. O. III. § 643. A. 2. N. 2.

locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus emptori reddat. Allerdings wollen Einige[1]) in diesem Fall dem Miether gegen den klagenden Vermiether die exceptio tui non interest geben auf Grund von l. 32 pr. Dig. loc. 19. 2. Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset . . . . (über diese Stelle s. oben S. 54). Aber bei dem Vermiether wird meistens ein Interesse vorliegen, da der Käufer von ihm Sicherheit verlangen wird, dass die Sache durch den Miether nicht geschädigt wird. Auch würde man dem Käufer, der den Miether wohnen lässt, die actio negotiorum gestorum gegen den Vermiether gewähren müssen. Dernburg selbst erwähnt an einer anderen Stelle,[2]) dass man dem Vermiether die Contractsklage gegen den die Sache schädigenden Miether geben müsse, da er seinerseits den Regressklagen des Käufers ausgesetzt sei.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass für den Miether ein Recht, bei Veräusserung der gemietheten Sache ohne weiteres von dem Vertrage zurückzutreten, nicht begründet ist. Rechtlich berührt die Veräusserung der Sache sein Verhältnis zum Vermiether nicht, da er kein Recht an der Sache hat. Er kann nur verlangen, in der vertragsmässigen Ausübung seiner Rechte nicht gestört zu werden. So lange dies nicht geschieht, kann er sich nicht über einen Contractsbruch beklagen. Andererseits kann der Miether auch nicht zur Fortsetzung des alten Contracts mit dem neuen Eigentümer der Sache gezwungen werden, denn zwischen ihnen besteht kein

[1]) Dernburg a. a. O. S. 43. Ziebarth a. a. O. S. 147.
[2]) a. a. O. S. 36.

obligatorisches Verhältnis.[1]) l. 32 Dig. loc. 19. 2. Fraglich ist es nur, in wie weit hierin durch eine Cession der Rechte eine Änderung eintreten kann. Dass der Vermiether durch Cession eines einzelnen Anspruchs aus dem Vertrage, z. B. einer Miethforderung, dem Käufer ein Recht auf dieselbe verschafft, ist ebenso unbestritten, als dass ein Eintritt des Käufers in das ganze Obligationsverhältnis nach römischem Recht nicht zulässig ist, da dasselbe eine Sondernachfolge in die „passive Seite der Obligation"[2]) durch Cession nicht anerkannt hat. Es kann sich also nur darum handeln, ob ein Contrahent das ihm aus einem solchen Vertrage zustehende gesammte Recht durch Cession übertragen kann, oder mit anderen Worten, ob der Vermiether durch Cession der actio locati den Käufer berechtigen kann, den debitor cessus als seinen Miether in Anspruch zu nehmen.

Es ist dies bestritten worden[3]) mit Berufung darauf, dass die Natur des Miethverhältnisses eine derartige sei, dass sie eine dauernde Verbindung zwischen den Contrahenten voraussetze, wobei Rechte und Pflichten so in einander griffen, dass eine Trennung nicht wol möglich sei. In der Cession der actio locati würde somit auch eine Cession von Verbindlichkeiten liegen, die nach römischem Recht nicht anerkannt ist. Eine Cession von mit Verbindlichkeiten gemischten Rechten sei nicht zulässig.[4]) Auch

[1]) Vangerow a. a. O. III. § 643. A. 2 nr. 2.

[2]) Windscheid a. a. O. II. § 338.

[3]) Glück a. a. O. Bd. 18. S. 27. Mühlenbruch a. a. O. S. 310 ff. Holzschuher a. a. O. III. § 222. 4. Sintenis a. a. O. § 118. N. 117. 4.

[4]) Mühlenbruch a. a. O. S. 313.

spräche dagegen der Grundsatz, dass man sich in obligatorischen Verhältnissen nur dem andern Contrahenten verpflichtet, und dass dieser sich nicht einseitig seinen Verbindlichkeiten entziehen könne. Wäre eine Cession zulässig, so würde dadurch der Cedent dem Cessionar die Befugnis übertragen, das Miethgeld für eine Leistung zu fordern, welche er selbst nicht mehr gewähren kann.

Für die Unzulässigkeit einer solchen Cession hat man[1]) sich namentlich auf die l. 32 Dig. loc. 19. 2 berufen. Qui fundum colendum in plures annos locaverat decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret quia nihil heredis interesset. Quod si colonus vellet colere et ab eo cui legatus esset fundus prohiberetur, cum herede actionem colonum habere. Et hoc detrimentum ad heredem pertinere sicuti si quis rem, quam vendidisset necdum tradidisset alii legasset, heres ejus emptori et legatario esset obligatus. Man hat aus der lex cit. gefolgert, dass dieselbe in der Bestimmung, der Pächter könne nicht zur Fortsetzung des Contractes mit dem neuen Eigentümer der Sache gezwungen werden, eine ganz allgemeine und bindende Vorschrift des römischen Rechts enthalte, und dass die Möglichkeit, den Pächter zu zwingen, auch dann ausgeschlossen sei, wenn die Rechte aus dem Pachtcontract dem Legatar mitvermacht seien, und das müsse man in diesem Falle annehmen, da der vermachten Sache alle diejenigen Rechte folgten, welche mit ihr in Verbindung ständen. Es folge daraus die Unmöglichkeit der Übertragung eines gesammten Pachtrechts auf den Singularsuccessor.[2])

[1]) Mühlenbruch a. a. O. S. 313.

[2]) vgl. auch Dernburg Pand. II. § 111. A. 28. Fischer a. a. O. S. 323. N. 44.

Aber diese Ansicht legt mehr in die Stelle hinein, als an sich daraus folgt. Es wird nur gesagt, dass ein verpachtetes Grundstück vermacht ist, und dass der Legatar nicht ohne weiteres den Pächter zwingen kann, den Vertrag mit ihm fortzusetzen. Das entspricht auch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Pächter und Legatar stehen in gar keinem Verhältnis zu einander, weil der Singularsuccessor in die persönlichen Verbindlichkeiten seines Auctors nicht eintritt. Die persönlichen Rechte des Erblassers aus dem Miethvertrage gehen aber nicht stillschweigend mit der legirten Sache über, sondern nur, wenn sie ausdrücklich mit vermacht sind. Vgl. l. 13 § 3. l. 15 Dig. ad leg. Aqu. 9. 2. l. 13 § 11 Dig. de a. e. v. 19. 1. Dagegen gehen dieselben, ebenso wie die Verbindlichkeiten auf den Erben als Universalsuccessor über, und daher ist der Erbe dem Pächter aus dem Vertrage verpflichtet, wie schon daraus hervorgeht, dass in der lex cit. der Pächter mit seiner Entschädigungsklage an den Erben gewiesen wird. Daher müsste auch der Pächter mit dem Erben den Vertrag fortsetzen; aber der Erbe hat kein Interesse hieran, den Pächter dazu zu zwingen, weil ihm die Sache nicht mehr gehört, und die Früchte an den Legatar fallen.

Diese Stelle lässt sich für die Entscheidung der Frage nicht benutzen. Man hat sich ferner für die oben angeführte Ansicht berufen auf l. 13. § 30. Dig. de a. e. v. 19. 1.[1]) Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem, denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem

[1]) Mühlenbruch a. a. O. S. 316.

ex emto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus emptori reddat. Es ist hier die Rede davon, wie sich nach Verkauf der Sache und Verabredung zwischen Verkäufer und Käufer, den Miether wohnen zu lassen, das Verhältnis gestaltet, wenn der Miether die Sache beschädigt. Es wird gesagt, dass sich der Käufer nur an den Verkäufer, und nur dieser sich an den Miether halten könne. Man hat hieraus gefolgert, wenn eine Cession der Pachtrechte im römischen Recht anerkannt sei, wäre es eigentümlich, dass man hier nicht zu diesem Mittel gegriffen habe. Aber daraus, dass im einzelnen Fall eine Cession schneller zum Ziele geführt haben würde und doch nicht angewandt ist, folgt noch nicht, dass sie überhaupt unzulässig ist.

Es ist denn auch in der Tat für das römische Recht die Zulässigkeit einer Cession der Mieth- oder Pachtrechte zu behaupten. Dieselben sind nicht so eng mit den Pflichten verbunden, dass eine Trennung ausgeschlossen ist. Das Recht auf die Miethsforderungen, auf bestimmungsmässigen Gebrauch der Sache können, da Cession zukünftiger Forderungen zulässig ist, unbedenklich übertragen werden. Ebenso können aber auch die Pflichten des Vermiethers, die sich hauptsächlich auf das Gewähren der Sache beziehen, durch einen dritten erfüllt werden. So lange dies geschieht, kann der Miether sich nicht beklagen. Gleichgültig ist es, ob ihm die Sache von dem Vermiether gewährt wird oder von einem dritten; denn der Inhalt dieser Obligation ist nicht ein solcher, dass er nicht von dem Käufer mit voller Wirksamkeit erfüllt werden könnte. Aber die Gewährung der Sache ist Bedingung für die Anstellung der cedirten

Klagen durch den Käufer, während andererseits der Vermiether noch immer derjenige bleibt, an den sich der Miether nötigenfalls mit der actio conducti zu halten hat, und insofern wird in dem Verhältnis zwischen Vermiether und Miether nichts geändert.[1]) Für die Zulässigkeit der Cession der Rechte spricht auch die anerkannte Gültigkeit der Übertragung seiner Rechte an einen Aftermiether durch den Miether.

Aus den Quellen lässt sich ein directer Beweis für diese Ansicht nicht erbringen. Die dafür angeführten l. 53. Dig. de a. e. v. 19. 1. und l. 58. Dig. loc. 19. 2. sprechen wahrscheinlich von der Cession laufender Miethzinsen.[2]) Ebenso lassen auch l. 49. pr. Dig. de a. e. v. 19. 1. Qui per collusionem imaginarium colonum circumveniendi emptoris causa supposuit ex empto tenetur; nec defenditur si quo facilius excogitata fraus occultetur colonum et quinquennii pensiones in fidem suam recipiat, und l. 13. Dig. qui pot. 20. 4. Insulam tibi vendidi et dixi prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum. Nerva Proculus: nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, jus omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur si quid superesset ad te, eine andere Auslegung zu. In der ersten Stelle heisst es, dass der Verpächter eine Haftung dafür übernehmen will, dass der Pächter den Vertrag eine bestimmte

[1]) vgl. Weiske's Rechtslex. Bd. 7. S. 800. Seuffert Arch. XVI. 209. Windscheid II. § 335. N. 14.

[2]) vgl. Cropp a. a. O. S. 301. Mühlenbruch a. a. O. S. 318. Dernburg a. a. O. S. 40.

Zeit lang fortsetze. Man hat daraus geschlossen, dass der Verpächter ein Mittel haben müsse, ihn dazu zwingen zu können und dasselbe in einer Cession des Pachtrechts gefunden. Ebenso könnte man aus der in l. 13. cit. erwähnten Abtretung der vom Miether bestellten Pfänder schliessen, dass eine Cession des Miethrechts vorausgegangen ist. Aber es wird in beiden Stellen nur von den Folgen einer Cession, nicht direct von einer solchen gesprochen. In der ersten Stelle ist von einem simulirten Pachtcontract die Rede, um den Käufer zu einem höheren Kaufpreis zu bewegen. Dies Geschäft wird missbilligt, auch wenn der Verkäufer die Zahlung des Miethgeldes für längere Zeit versprochen hat.

In der zweiten Stelle ist nicht ausgeschlossen, dass eine Vereinbarung zwischen den Parteien vorliegt, die in der Stelle vorausgesetzt, aber nicht erwähnt wird.[1])[2])

Der Abschluss des Kaufes wirkt also auch auf das bestehende Pacht- oder Miethverhältnis nicht ein. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn beim Abschluss des Kaufes auf das Pacht- oder Miethverhältnis bezügliche Verabredungen zwischen Käufer und Verkäufer getroffen werden.

[1]) vgl. Cropp a. a. O. S. 302. Dernburg a. a. O. S. 40. Mühlenbruch a. a. O. S. 319. N. 163.

[2]) Da im heutigen Recht eine Schuldübernahme im weiteren Umfang anerkannt ist, so ist dieselbe auch zulässig bei Verpflichtungen mit zusammengesetztem Leistungsinhalt und bei gegenseitigen Verträgen. Es ist daher der Eintritt des Käufers in ein bestehendes Mieth- oder Pachtverhältnis zulässig. Jedoch ist dazu die Einwilligung des Miethers erforderlich, dessen Interessen durch eine solche Schuldübernahme in höherem Grade berührt werden als durch eine Forderungsübertragung.
vgl. Windscheid II. §§ 338. 340. N. 4.
Buchka u. Budde a. a. O. Bd. 5. S. 269.

Man kann hier folgende Fälle unterscheiden.

1. Es ist zwischen dem Verkäufer und Käufer ausgemacht, dass Letzterer den Miether dulden muss, ohne seinerseits ein Recht auf die Miethsumme zu bekommen. Vgl. l. 25. § 1. Dig. loc. 19. 2. l. 59. Dig. de usufr. 7. 1. Hier bleibt das Miethverhältnis zwischen den Contrahenten unverändert bestehen. Der Miether wird in seinen Ansprüchen nicht gestört. Der geschehene Verkauf berührt ihn garnicht. Stört der Käufer ihn in seinen Rechten, so kann er sich nur mit der Contractsklage an den Vermiether halten, der seinerseits mittelst der actio venditi den Käufer zwingen kann, seinem Versprechen nachzukommen.

Umgekehrt hat auch der Käufer, wenn der Miether seine Befugnisse überschreitet und etwa durch vertragswidrige Deteriorationen den Käufer schädigt, (abgesehen auch hier, wie bereits oben erwähnt wurde, von der lex Aquilia) kein directes Klagerecht gegen denselben. Aber er hält sich an seinen Verkäufer. Dieser ist verpflichtet, ihm die Sache in vertragsmässiger Güte zu gewähren. Dieser kann auch mittelst der actio locati von dem Miether Schadensersatz verlangen. Der Käufer muss sich mit dem begnügen, was der Vermiether mit der actio locati erreicht hat, wenn er es nicht vorzieht, sich diese Klage abtreten zu lassen und dann direct gegen den Miether vorzugehen. Diese Grundsätze ergeben sich aus l. 13. § 30. Dig. de a. e. v. 19. 1.

Die Behauptung, dass aus einer Verabredung, wie sie oben erwähnt ist, dem Miether selbst Einreden und Klagen entständen[1]) (als utiles), lässt sich für das römische Recht nicht begründen.

[1]) vgl. Glück a. a. O. Bd. 18. S. 12. Sintenis a. a. O. II. § 118. N. 117.

Das römische Recht hat Verträge zu gunsten dritter nur in ganz bestimmten Fällen und in beschränkter Anzahl anerkannt.[1]) Auch ist zu bedenken, dass ein derartiger Vertrag des Verkäufers mit dem Käufer ebenso häufig im eigenen Interesse abgeschlossen wird, als im Interesse des Miethers.[2]) Die Stütze der Ansicht, dass dem Miether selbständige Klagen erwachsen, ist ebenfalls die l. 9 Cod. loc. Diese Stelle ist in dieser Hinsicht, wie Ziebarth[3]) mit Recht bemerkt, förmlich zermartert worden, etwas zu sagen, was sie nicht sagt, und hat eine Reihe verschiedener Deutungen erfahren. Man hat ein gleichzeitiges pactum zwischen Verkäufer und Käufer oder ein pactum zwischen Käufer und Miether angenommen, um dem Miether eine Einrede gegen eine Klage des Käufers zu gewähren.[4]) Dernburg[5]) versteht die in der Stelle erwähnte actio bonae fidei von der actio locati, die der Käufer nach vorangegangener Cession seitens des Verkäufers gegen den Miether auf Räumung anstellt, und die von diesem durch eine Einrede (exceptio doli) aus dem pactum des Verkäufers mit dem Käufer zurückgeschlagen werden könne. Ziebarth[6]) findet den Schwerpunkt der Stelle in dem Verhältnis der lex emptionis zum pactum. Ist eine Verabredung zwischen Verkäufer und Käufer in den wol meistens schriftlich abgefassten Vertrag aufgenommen, so kann daraus der Verkäufer ohne weiteres mit der actio venditi klagen. Ist dies dagegen erst später mittelst pactum geschehen, so

[1]) vgl. Windscheid II. § 316.
[2]) vgl. Traeger a. a. O. S. 71 N.
[3]) a. a. O. S. 151.
[4]) vgl. Ziebarth a. a. O. S. 151.
[5]) a. a. O. S. 34.
[6]) a. a. O. S. 151.

wird für den Verkäufer nur eine Einrede begründet, die er nach erfolgter Tradition kaum Gelegenheit haben wird, zu benutzen. Die hierdurch entstehende Härte wollte die l. 9 Cod. cit. durch die Bestimmung mildern, dass ein solches pactum doch als Teil der lex emptionis angesehen werden und für den Verkäufer eine Klage begründen sollte. Aber eine Klage für den Pächter lässt sich aus der Stelle nicht entnehmen. Anderer Meinung ist Unger[1]) welcher annimmt, dass eine Verabredung zwischen Verkäufer und Käufer dem Miether ein eigenes Recht auf das uti frui der Sache verschaffe, welches er mittelst Einrede gegen eine Vindikationsklage des Käufers geltend machen könne. Ebenso fasst Ihering[2]) eine derartige Verabredung als Vertrag zu gunsten Dritter auf. Dagegen behauptet Windscheid[3]) für das römische Recht, dass die Worte „nisi ea lege emit" sich nur auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und

[1]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 10. S. 21. N. 25.

[2]) Jahrb. f. Dogm. Bd. 10. S. 568. N. 219.

[3]) Pand. II. § 340. N. 4. § 400 N. 7. Für das heutige röm. Recht geht W. weiter, indem er annimmt, dass der Vermiether gezwungen werden kann, seinen Anspruch aus dieser Verabredung dem Miether abzutreten (§ 400. N. 7). Ebenso spricht sich die Entscheidung bei Buchka u. Budde (Bd. 5. S. 269) für das heutige Recht dahin aus, dass auch ohne besondere Cession (fingirte Cession) dem Miether eine actio utilis gegen den Käufer und eine exceptio doli gegen die rei vindicatio desselben gewährt werden müsse. Der Grund liegt darin, dass nach heutigem Recht der Pächter, so lange es möglich ist, auf directe Erfüllung des Pachtcontracts klagen kann und sich nicht mit einer Entschädigung abfinden zu lassen braucht.

In Folge der weiteren Ausdehnung der Verträge zu gunsten dritter im deutschen Recht, werden dem Pächter oder Miether in der Praxis fast allgemein Einreden und auch Klagen gegen den Erwerber der Sache aus der erwähnten Verabredung gegeben. vgl. die Entscheidungen bei Seuffert Arch. XXIII. 219. XXV. 102. XXVIII. 22. XXXII. 318.

Käufer beziehen. Nur, wenn in dieser Abmachung eine wirkliche Schuldübernahme liegt, kann der Miether durch seinen Beitritt ein Forderungsrecht gegen den Käufer auf Gewährung des Gebrauchs erlangen. Sonst ist dies nur möglich, nachdem der Verkäufer ihm seinen Anspruch aus der Verabredung mit dem Käufer abgetreten hat.

2. Der zweite Fall, wo eine Verabredung zwischen Verkäufer und Käufer über das Miethverhältnis vorkommt, ist der, dass dem Käufer die Rechte aus dem Miethverhältnis übertragen werden, wogegen er dann die Pflichten des Vermiethers übernehmen muss. Dass diese Verabredung häufig war, geht aus l. 53 pr. Dig. de a. e. v. 19. 1. und l. 58 pr. Dig. loc. 19. 2. hervor. Der Ausdruck für diesen Übergang war die Formel: „mercedem accessuram emptori". Auch hier bleibt das Verhältnis zwischen den ursprünglichen Contrahenten principiell bestehen. Die Verabredung wirkt nur zwischen Verkäufer und Käufer, daher bleibt der Vermiether der Gebundene dem Miether gegenüber, und der Käufer kann sein Recht auf die Miethforderung nur nach Cession der Klagen geltend machen.[1])

Eine abweichende Ansicht über die Art, wie die Übertragung der Forderungsrechte vorgenommen wurde, stellt Ziebarth[2]) auf Grund der l. 25 § 4 Dig. sol. matr. 24. 3. auf: Si vir in quinquennio locaverit fundum et post primum forte annum divortium intervenerit, Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id se praestatum iri, sed et mulieri cavendum, quidquid

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 38. Ziebarth a. a. O. S. 149.
[2]) a. a O. S. 149.

praeter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit se ei restituturum. Es soll also die Wirkung der Übertragung nicht durch Cession oder Delegation, sondern durch gegenseitige Cautionen herbeigeführt werden.

Eine besondere Bestimmung galt im römischen Recht für die Verkäufe verpachteter Grundstücke durch den Fiscus. Hier soll die obenerwähnte Clausel „mercedem accessuram" sich von selbst verstehen. Der Käufer muss den Pächter auf dem Grundstück wohnen lassen. Der Grund dieser Bestimmung ist, dass der Fiscus dem Colonen gegenüber keine Verpflichtung zum Schadensersatz auf sich nehmen wollte, (ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset) l. 50 Dig. de jur. fisci 49. 14.[1])

Nach einer weiteren ausdrücklichen Bestimmung des römischen Rechts musste ein Gläubiger, der in das Vermögen seines Schuldners rei servandae causa eingewiesen war, ein von diesem eingegangenes Mieth- oder Pachtverhältnis anerkennen, ausser wenn dasselbe in betrügerischer Absicht von dem Schuldner abgeschlossen war. l. 8. § 1. Dig. de reb. auct. 42. 5.[2])

Es ist bisher nur der Fall berücksichtigt, dass der Käufer den Miether stillschweigend oder gemäss Verabredung mit dem Verkäufer in seinen Rechten belassen hat. Es ist gezeigt, dass der Miether nach römischem Recht hieraus keine Klagen oder Einreden gegen den Käufer gewinnt, so dass diesem das Recht immer noch zusteht, den Miether jederzeit und ohne Entschädigung zu vertreiben. Er ist

[1]) Accursius ad l. 9 Cod. loc. Cujacius op. tom. 9. p. 377. Donellus, Comm. de jur. civ. tom. 3. p. 833. Glück a. a. O. Bd. 18. S. 32.

[2]) Accursius l. c. Cujacius l. c. Glück a. a. O. Bd. 18. S. 33.

hierfür nur dem Verkäufer aus der zwischen ihnen getroffenen Verabredung haftbar. Wird dem Miether durch den Käufer das uti frui der Sache gänzlich oder teilweise entzogen, so kann er sich nur mittelst actio conducti an den Vermiether oder dessen Erben[1]) halten, auf Wiederverschaffung seiner gestörten Berechtigung oder falls dies unmöglich, auf das volle Interesse. Das Recht des Miethers auf Benutzung der Sache verwandelt sich in diesem Fall in den Anspruch auf eine Entschädigungssumme. vgl. l. 33. Dig. loc. 19. 2. l. 25. § 1. Dig. eod. l. 15. §§ 1. 8. Dig. eod.

§ 9.

Sicherungsmittel des Miethers gegen eine Veräusserung der Sache.

Die Härte, welche unverkennbar darin liegt, dass der Miether schutzlos der Willkür der Vermiethers in Bezug auf die Veräusserung der vermietheten Sache preisgegeben ist, wodurch zweifellos häufig tiefgreifende und in Geld gar nicht abschätzbare Interessen verletzt werden, hat schon früh zu dem Versuch geführt, Rechtsmittel zu finden, durch welche der Miether eine Veräusserung der Sache hindern könnte.[2])

[1]) Nach l. 60. § 1. Dig. loc. 19. 2. scheint die active Vererblichkeit ursprünglich gefehlt zu haben. vgl. auch Fischer a. a. O. S. 314. N. 11.

[2]) Die älteren Schriftsteller führen die Fälle, in denen solche Sicherungsmassregeln angewandt sind, als „Ausnahmen" von der durch l. 9 Cod. loc. eingeführten Regel auf, ohne zu bedenken, dass man von „Ausnahmen" nur sprechen kann, wenn trotz gegebener Voraussetzung die Regel nicht Platz greift. Diese Sicherungsmittel sollen aber gerade dazu dienen, die Veräusserung und somit den Eigentumsübergang auf den Käufer, die wesentliche Bedingung der Anwendbarkeit des Satzes, zu hindern.

Schon die Glossatoren[1]) empfehlen als solches Sicherungsmittel die Einräumung eines Pfandrechts an der Miethsache durch den Vermiether, und fast bei allen Schriftstellern[2]) der älteren Zeit, kehrt die Empfehlung dieses Mittels bei Besprechung der l. 9 Cod. loc. wieder. Man glaubte durch dasselbe in jeder Weise den Miether schätzen zu können. Denn er bekam dadurch ein dingliches Recht, ein Recht an der Sache selbst, welches von jedem späteren Erwerber der Sache respectirt werden musste. Daneben diente das Pfandrecht auch noch zur Sicherung der etwaigen Schadensersatzansprüche des Miethers. Die meisten Schriftsteller lassen sich auf den Nachweis, dass das Pfandrecht auch wirklich den ihm zugeschriebenen Erfolg hat, gar nicht ein. Ein Zweifel an der Wirksamkeit des Mittels scheint ihnen gar nicht aufgestossen zu sein. Eine etwas eingehendere Begründung dieser wichtigsten „Ausnahme" von dem Satz „Kauf bricht Miethe" versucht Faber[3]) in eigentümlicher Argumentation. Faber charakterisirt die Verbindlichkeit des Vermiethers oder Verpächters als im wesentlichen in einem pati bestehend. Der Verpächter muss dulden, dass der Pächter das Grundstück benutzt. Hätte der Verpächter sich verpflichtet, etwas zu tun, so könnte man wegen l. 13 § 1 Dig. de re jud. 42. 1. wol behaupten, dass im Fall der Nichtleistung des Versprochenen an Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit die Verpflichtung zu einer Entschädigung treten müsse. Weil aber seine Verbindlichkeit in patiendo

[1]) vgl. Azo, Bartolus, Baldus ad l. 9 Cod. loc. u. ob. S. 8.

[2]) Berlich l. c. conc. 45. nr. 18. Carpzow l. c. lib. 5. tit. 3. resp. 17. Struvius l. c. exerc. 24. ad tit. Dig 19. 2. Cocceji l. c. qu. 21. lib. 19. tit. 2. Westphal a. a. O. § 1031.

[3]) l. c. dec. 24. err. 7.

besteht, so kann er sich von dieser negativen Verbindlichkeit nicht durch eine Geldleistung befreien. Er muss den Contract erfüllen, wie er eingegangen ist, und diese Verbindlichkeit geht auch auf den neuen Eigentümer der Sache über, wenn die Sache mit einem Pfandrecht belastet ist. Moveor ut existimem, sagt Faber, successorem praecise cogendum, ut stet colono qui rem ipsam conductam habet sibi obligatam. Nam jus constitutae hypothecae, quod in re ipsa est sicuti rem ipsam sequitur, quocumque ierit, ita et facere debet, ut non alio jure possit res esse penes novum successorem, quam quo fuit penes locatorem. Idque certum verum esse quamdiu jus pignoris et hypothecae durat, nemo negaverit. . . . . Faciet ergo pignus a locatore constitutum ut locatoris successor singularis, quisquis ille erit perinde obligetur non personali quidem vinculo, sed tamquam possessor pignoris ad patientiam praestandam atque si ipse locasset, quia personalis obligatio licet tota ex contractu aestimetur, nec sequatur fundi possessorem. Über die Art der Verpflichtung des Vermiethers und die Beziehung zu einer Entschädigungspflicht in Geld, spricht Faber sich dahin aus: (at) in proposita quaestione de re locata conductori obligata, principalis obligatio non in faciendo versatur, sed potius in non faciendo id est in praestanda patientia quae quoniam hoc ipso praestatur, quod nihil fit contra conventionem, praecise sane praestanda est. Nec proinde, quantacumque pecunia lui potest pignus, quod in ejusmodi praecise obligationis causam datum est, si conductor locationem stare malit, quam quanti sua interest accipere. In eoque singulare jus est locationis quem-ad-modum habet illa proprio quodam jure ut locator non ad faciendum

aliquid sed tantum ad patientiam praestandam conductori obligatur, ut ei liceat frui re conducta.

Indes kann es keinem Zweifel unterliegen, dass das Pfandrecht an der gemietheten Sache den ihm von den älteren Schriftstellern zugeschriebenen Zweck nicht erfüllen kann. Zwar erwirbt der Miether durch die Verpfändung der Sache an ihn ein dingliches Recht und, was ihm auf anderem Wege nicht verschafft werden konnte, den Besitz derselben. Aber trotzdem ist er gegen einen Verkauf nicht gesichert. Das Pfandrecht ist zwar ein dingliches Recht, aber gemäss seiner accessorischen Natur im römischen Recht dient es dazu, eine Forderung, in diesem Falle also die Interesseforderung des Miethers, zu sichern. Da nach der Natur der Obligation eine Naturalexecution im römischen Recht nicht zulässig ist, sondern die Obligation sich im Falle der Nichterfüllung in den Anspruch auf Entschädigung umsetzt, so kann der Verkäufer sowohl wie der Käufer den Miether durch die Zahlung der Forderung befriedigen. Ein dingliches Recht gegen den Käufer insofern, dass derselbe verpflichtet wäre, den Miether im Besitz der Sache zu lassen, giebt das Pfandrecht nicht. Es bleibt also trotz des Pfandrechts die Regel „Kauf bricht Miethe" in Kraft, und das Wesentliche der Verpfändung wird nur sein, dass der Miether als Pfandgläubiger sich bis zur Zahlung des vollen Interesses im Besitz der Sache halten kann.[1])

Das Pfandrecht gewährt als hauptsächlichste Befugnis das Recht, im Falle der Nichtbefriedigung der Forderung die verpfändete Sache zu verkaufen. Damit ist aber dem Miether nicht geholfen. Ihm

[1]) vgl. auch Dernburg Pfandrecht Bd. 1. S. 514. N. 3.

kommt es auf das Behalten der Sache an, und das kann er durch das Pfandrecht nicht erreichen. Sicherung seiner Ansprüche könnte ihm auch durch ein Pfandrecht an einer andern Sache gewährt werden. Durch den Pfandbesitz des Miethers ist auch dem Vermiether nicht die Möglichkeit genommen, eine Tradition der Sache an den Käufer zu bewirken. Er kann mit der rei vindicatio oder mit der actio pigneratitia, vorausgesetzt, dass er dem Miether volle Entschädigung bietet, denselben zwingen, die Sache an den Käufer herauszugeben. Es folgt dies aus der Natur des Miethverhältnisses als eines obligatorischen.

Die Unzulänglichkeit eines Pfandrechts als Sicherungsmittel ist denn auch schon teilweise von älteren Schriftstellern anerkannt,[1]) obwohl die Ansicht Faber's noch in späterer Zeit Anhänger gehabt hat.[2]) Dagegen glaubte man ein wirksameres Mittel gefunden zu haben in der Verbindung von Hypothek mit einem pactum de non alienando. Dass ein pactum de non alienando allein keine Sicherheit gewähren konnte, sah man bald ein, obwohl man früher teilweise einem solchen pactum, namentlich wenn es eidlich bestärkt war, die Kraft zuschrieb, die Veräusserung nichtig zu machen.[3]) Indessen widerspricht diese Behauptung geradezu den Grundsätzen über das pactum, welches auf die Person der Contrahenten beschränkt ist und nur eine Entschädigungspflicht

[1]) vgl. Frantzkius l. c. Hertius l. c. p. 486. n. 5. Lauterbach l. c. § 63. Voetius l. c. § 18. Gesterding a. a. O. S. 249. Ziebarth a. a. O. S. 155.

[2]) Westphal a. a. O. § 1031.

[3]) Titius ad Lauterbach l. c. lib. 19. tit. 2. Barbosa Comm. ad l. 9 Cod. loc. Wernher l. c. obs. 360. Lampe Diss. cit. §§ 4. 5.

des wortbrüchigen Contrahenten begründen kann. Für die Wirksamkeit der Verbindung von Hypothek und pactum de non alienando spricht dagegen die l. 7 § 2 Dig. de distr. pign. 20. 5. Quaeritur si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita ideoque veniri possit, et certum est nullam esse venditionem ut pactioni stetur.[1]) Wenn man zugeben muss, dass in dieser Stelle eine Ausnahme von den Grundsätzen über vertragsmässige Veräusserungsverbote, wonach dieselben im Falle des Zuwiderhandelns nur einen Anspruch auf Entschädigung begründen, vorliegt, so kann es sich nur fragen, ob nicht diese Stelle von andern Voraussetzungen ausgeht, wie sie bei Verpfändung der Miethsache an den Miether vorliegen. Und das dürfte wol anzunehmen sein. Der Gläubiger lässt sich nach dieser Stelle von seinem Schuldner versprechen, die verpfändete Sache, welche als Sicherung für die Forderung dient, nicht zu verkaufen. Bei dem Miethvertrage geht aber die Forderung des Miethers auf Gewährung der Sache bez. Schadensersatz, und nur hierfür kann die Verpfändung Sicherheit bieten. Durch Leistung des Interesses fällt, wie oben ausgeführt, das Pfandrecht zusammen, und die Veräusserung kann auch das hinzugefügte pactum de non alienando nicht hindern.

---

[1]) Allerdings ist die Lesart dieser Stelle bestritten. Die Handschriften d. Glossatoren hatten teilweise: nullam esse pactionem, ut venditioni stetur, wobei dann noch der Anfang dahin geändert wurde: si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere. Indes wird die obige Lesart d. Florentina durch die Basiliken bestätigt und ist wol als die richtige anzunehmen. vgl. Vangerow I. § 299. A. nr. 4. Windscheid I. § 172 a. N. 8.

Ein Sicherungsmittel, welches allerdings den gewünschten Erfolg haben würde, ist wol in dem Niessbrauchsrecht oder Superficies zu erblicken, welches sich der Pächter oder Miether für den Fall der Veräusserung an der Sache bestellen lassen soll. Dies Mittel findet sich denn auch vielfach als das allein Zuverlässige empfohlen.[1]) Einen Übergang eines solchen, durch Niessbrauch geschützten Miethrechts würde man nach l. 38 § 12. Dig. de verb. obl. 45. 1. wol als zulässig anerkennen müssen. Indes wird durch die Einräumung des Niessbrauchrechts an den Miether oder Pächter der Charakter des Miethvertrags derartig geändert und die Rechte des Vermiethers so beschränkt, dass kaum anzunehmen ist, dass ein Vermiether sich auf solche Beschränkung einlassen werde. Dass dies in Rom geschehen sei, wird auch von denen, die dies Mittel empfehlen, nicht behauptet.

Im römischen Recht würde überhaupt nur ein Mittel sich als wirksam gezeigt haben, den Miether gegen eine Veräusserung der Sache sicher zu stellen, die Einräumung des Besitzes und der possessorischen Interdicte in Folge des Miethvertrags. So lange die Miethe nur als Obligation angesehen wird, und dem Miether kein Recht an der Sache selbst gewährt wird, kann er sich gegen das dingliche Recht des Käufers nicht schützen. Aber diesen Schritt zu einer Verdinglichung der Miethe hat das römische Recht nicht gemacht.

---

[1]) vgl. Gothofredus ad l. 9 Cod. loc. Lampo Diss. cit. § 9. Hoheisel Diss. cit. § 13. Glück Bd. 18. S. 47. Fischer a. a. O. S. 328. N. 61.

§ 10.

Schluss.

Die Rechtsverhältnisse, welche sich aus dem Verkauf einer vermietheten oder verpachteten Sache ergeben, sind, um es kurz zusammen zu fassen, folgende:

Der Satz „Kauf bricht Miethe" hat für das römische Recht keine selbständige Bedeutung und bildet keine singuläre Rechtsnorm, sondern ist nur eine Consequenz allgemein anerkannter Rechtssätze. Nicht der Kauf als rein obligatorisches Verhältnis, sondern das in folge des Kaufs dem Käufer verschaffte Eigentum, setzt ihn in den Stand, den nur obligatorisch berechtigten Miether auszutreiben. Der Käufer ist als Singularsuccessor in das Eigentumsrecht seines Auctors an dessen obligatorische Verbindlichkeiten nicht gebunden. Der Miether hat nur Detention, keinen Besitz der Sache. Daher greift eine Veräusserung derselben in die Berechtigungen des Miethers nicht ein, daher ist auch die Weigerung des Miethers, den Käufer aufzunehmen, eine Besitzstörung des Vermiethers. Die Veräusserung hebt das Miethverhältnis zwischen den Contrahenten nicht auf. Dasselbe bleibt unverändert zwischen ihnen bestehen. Sache des Vermiethers ist es, seinen contractmässigen Verbindlichkeiten, dem Miether das uti frui der Sache zu gewähren, auch nach geschehenem Verkauf nachzukommen. Übernimmt der Käufer die Verpflichtung, den Miether nicht zu stören, so werden dadurch keine Rechte oder Pflichten zwischen Käufer und Miether begründet, sondern einzig zwischen denjenigen, welche diese Verabredung getroffen haben. Wird dem Miether die

Fortsetzung des Miethverhältnisses unmöglich gemacht, so ist für ihn ein Anspruch auf volle Entschädigung mittelst actio conducti an seinen Vermiether begründet. Ein Mittel, die Veräusserung der Sache zu hindern, steht dem Miether nicht zu.

Es zeigt sich in der Entwicklung dieser Rechtsverhältnisse die Schärfe und Logik der römischen Juristen in dem Ziehen der Consequenzen aus den allgemeinen Rechtsprincipien und zwar in der Klarheit, wie sie dem römischen Recht eigentümlich ist. Dagegen ist der Satz an für sich nicht ein specifisch römischer, wie man häufig behauptet hat.[1]) Er findet sich auch in germanischen Rechtsquellen[2]), welche vom Einfluss des römischen Rechts freigeblieben sind, wenn auch, wie zugegeben werden muss, nicht so häufig, wie der entgegengesetzte, so dass die Behauptung, dass deutsche Recht habe principiell den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" und somit eine Dinglichkeit der Miethe im Sinne des römischen Rechts anerkannt, nicht als richtig angesehen werden kann. Allerdings ist nicht zu leugnen, dass wenn das deutsche Recht nicht in seiner Entwicklung durch das Eindringen des römischen gehindert wäre, seine Entwicklung in

---

[1]) Obwohl, wie wol zweifellos ist, die socialen Verhältnisse Roms auf die Ausbildung des Satzes Einfluss gehabt haben. vgl. dar. Fischer a. a. O. S. 330.

[2]) vgl. Dithmarser Ldrecht v. 1447. § 149.
Dithmarser Ldrecht v. 1539. § 104.
Joh. Purgold's Rchtsbuch II. 46.
Eisen. Rechtsb. III. 31.
Brünneck a. a. O. S. 146.
Stobbe a. a. O. III. § 259. N. 15.
Fischer a. a. O. S. 369.

dieser Frage vermutlich eine den römischen Theorien entgegengesetzte gewesen wäre.[1])

Dass die Grundsätze des römischen Rechts in diesem Punkte etwas künstlich sind, und das Verfahren ein umständliches sein wird, kann nicht wol verkannt werden, ebenso dass der ganze Begriff der Miethe als rein obligatorisches Verhältnis etwas künstliches hat und mit den tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch zu stehen scheint.[2]) Für die Römer lag indessen um so weniger Veranlassung vor, der locatio conductio einen mehr dinglichen Charakter beizulegen, als sie in der Superficies und Emphyteuse Institute hatten, welche dem Nutzungsberechtigten ein festeres Recht verliehen und das Eigentumsrecht fast völlig zurücktreten liessen.

Dass die Stellung des Miethers im römischen Recht eine immerhin unsichere und precäre ist, ist nicht zu leugnen und man[3]) hat daher de lege ferenda vorgeschlagen, Miethe und Pacht als dingliche Rechte anzuerkennen. Wenn auch hierdurch vielleicht häufig den Interessen der Contrahenten entsprochen würde, so ist doch auf der andern Seite nicht zu verkennen, dass, weil der moderne Verkehr nach möglichster Freiheit im Wechsel des Eigentums drängt und einer längeren Dauer derartiger Verhältnisse immer abgeneigter wird, dingliche Mieth- und Pachtrechte ein schweres Hemmnis des Verkehrs bilden würden. So

---

[1]) Einen Beweis hierfür kann man wol aus dem englischen Recht entnehmen, welches in seiner Entwicklung von römischen Theorien unbeeinflusst geblieben ist. Hier hat sich die Miethe zu einem festen eigentumsähnlichen Institut herausgebildet. vgl. Gundermann, Engl. Privatr. Bd. 1. S. 267 ff.

[2]) vgl. Degenkolb a. a. O. § 7 ff.

[3]) vgl. Geller a. a. O. S. 353 ff. Eck a. a. O. S. 229 ff.

hat denn auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich[1]) den römischen Grundsatz beibehalten, nur mit der Modification, dass der Erwerber der Miethsache sein Expulsionsrecht nicht sofort geltend machen kann, sondern erst nach voraufgegangener Kündigung.

[1]) §§ 509 ff. Mot. Bd. II. S. 383.